This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Belgium

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

TOME PREMIER.

Imprimerie de J. Stienon.

TRAITÉ

DU DOL

ET

DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

PAR

J. Bédarride,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX, ANCIEN BATONNIER.

TOME PREMIER.

BRUXELLES.

MELINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIVOURNE. MÊME MAISON. | LEIPZIG. J. P. MELINE.

1854.

FRA
923

For TT
B 399T

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. — Nécessité de la bonne foi dans les conventions.
2. — Rôle du dol et de la fraude dans les causes viciant les engagements.
3. — Causes de leur développement.
4. — Motifs de la sévérité mise par le législateur à leur admission.
5. — Pourquoi il a exigé que les faits invoqués fussent graves, précis et concordants.
6. — Difficultés de la mission confiée aux tribunaux.
7. — Utilité de se bien pénétrer de l'esprit de la loi.
8. — La faveur due au titre ne saurait faire repousser, sans instruction, les reproches adressés à sa sincérité.
9. — L'admissibilité de la preuve orale était une véritable nécessité.
10. — Inapplicabilité de la maxime *odia restringenda* à la demande en nullité pour dol ou fraude.
11. — Éléments d'appréciation pour l'admissibilité de la preuve.
12. — Différences entre le dol et la fraude.
13. — Division.

1. — Les engagements divers que contractent les citoyens doivent, pour être justes, provenir d'une volonté spontanée et libre; la loi, chargée d'en assurer l'exécution, devait donc veiller à la pureté de leur origine, non moins qu'à la sincérité de cette exécution elle-même.

Il était en effet facile de prévoir que, dans bien des cas, l'acte, sous une apparence irréprochable, ne serait qu'une odieuse tentative de spoliation. De là les conditions exigées pour la validité du contrat, conditions dont l'accomplissement devient la garantie et la preuve de la bonne foi réciproque des parties.

2. — Le dol et la fraude occupent un rang distingué dans les causes pouvant vicier la convention. Les ténèbres dans lesquelles ils s'enveloppent augmentent leurs chances de succès; les *mille* détours à travers lesquels ils se jouent parviennent souvent à triompher de la volonté expresse de la loi, et à tromper la sagacité de la justice, réduite à les soupçonner sans pouvoir les atteindre.

Un pareil résultat ne pouvait échapper aux regards avides de la mauvaise foi, et ce qui prouve qu'elle ne l'a pas négligé, c'est le développement considérable que des litiges journaliers signalent dans les faits de dol et de fraude.

3. — Nous laisserons au moraliste à apprécier les causes de ce développement. Peut-être conviendrait-il de les attribuer à ce culte qu'on a, de nos jours, érigé à l'intérêt matériel; à cet agiotage funeste, attaquant chaque jour les sources du crédit public et frappant au cœur la morale elle-même; à la tolérance pour ces prétendues opérations industrielles dont les actions, semant partout la misère et la ruine, excitent une avidité effrénée qu'on s'efforcerait en vain de retenir dans les bornes de la raison et de la justice.

Quoi qu'il en soit, un semblable état de choses appelle un prompt remède, et ce remède est heureusement dans les mains de la justice.

4. — Sans doute la loi pourrait être plus sévère, mais on ne doit pas perdre de vue la position délicate dans laquelle se trouvait le législateur. La prudence qu'il conseille dans l'appréciation du dol et de la fraude est une conséquence de cette position. Croire facilement au dol et à la fraude, accueillir favorablement la plainte, l'admettre avec la même facilité, eût été peut-être un moyen de les décourager, d'en arrêter le développement et, dans tous les cas, d'en assurer la répression en la rendant plus fréquente. Mais, d'autre part, à combien d'inconvénients ne s'exposait-on pas! A combien de dangers n'abandonnait-on pas les droits les plus légitimes, les plus sacrés! S'il est vrai qu'il n'existe que trop de gens disposés à recourir à des moyens illégitimes et à se créer des ressources aux dépens de leurs dupes, n'est-il pas également certain qu'il en est en aussi grand

668216

nombre qui crieraient au dol et à la fraude, dès qu'on voudrait les contraindre à exécuter un engagement ne leur offrant plus l'avantage qu'ils s'en étaient promis. D'autre part, s'il existe des créanciers peu scrupuleux, il n'est pas rare non plus de trouver des débiteurs de mauvaise foi, tâchant de se soustraire à une obligation régulièrement consentie et librement contractée.

Or, s'il importe de veiller à l'intérêt de ceux que la déloyauté opprime, il convient de protéger également les droits honorablement acquis et injustement déniés; en un mot, il ne fallait pas, pour empêcher la fraude des créanciers contre les débiteurs, encourager et favoriser celle des débiteurs contre les créanciers.

5. — C'était le moyen de concilier ces divers intérêts qu'il convenait d'adopter. Or, ce moyen les faits accomplis l'indiquaient naturellement; l'acte écrit fait supposer un consentement régulier, c'était là une présomption légale qu'on ne pouvait mettre de côté. En conséquence, l'acte devait faire foi de ce qu'il renferme et être exécuté, tant que le vice dont on le prétend souillé n'est pas établi. L'allégation de l'existence de ce vice impose à son auteur le devoir d'en fournir la preuve; cette preuve résultera de titres écrits ou de dépositions orales, mais elle ne sera recevable que si les faits cotés sont graves, précis et concordants. Elle sera même inutile si des présomptions, ayant ce triple caractère, peuvent dès à présent former la conviction du juge [1].

Voilà ce que le législateur a cru devoir faire; voilà la ligne de conduite qu'il a trouvée toute tracée dans les législations précédentes. Sans doute la difficulté de la preuve assurera, comme ses incertitudes, la réussite du dol et de la fraude dans quelques hypothèses. Mais le mal serait-il moindre, si, pour atteindre plus facilement le dol, on se fût exposé à condamner quelquefois la bonne foi elle-même? Le choix fait par le législateur entre ces deux dangers ne saurait donc lui mériter le reproche de faiblesse ou d'indulgence.

C'est aux magistrats à féconder, dans l'application, le germe de répression renfermé dans la loi. L'appréciation laissée à leur prudence et à leurs lumières, la recevabilité de la preuve testimoniale, l'admissibilité de celle par présomptions, sont autant de moyens propres à atteindre ce but si désirable, si intéressant pour l'ordre public lui-même.

6. — Nous ne nous dissimulons pas le caractère de la mission confiée aux tribunaux. Les procès en dol ou fraude offrent, non une question de droit, mais une pure question de fait. Les circonstances dont on se plaint existent-elles? sont-elles prouvées? caractérisent-elles le dol ou la fraude? Tels sont les points uniques que ces procès donneront à résoudre. Dans une difficulté de cette nature, le magistrat n'a de guide assuré que sa conscience, d'autre élément de décision que son opinion elle-même. Dès lors, vouloir offrir des règles à leur appréciation, c'est paraître tenter une entreprise sans utilité et sans but. Cependant, il est des notions que le juge ne doit pas négliger, alors même qu'il obéit aux inspirations de sa conscience. Il ne suffit pas qu'une cause soit équitable, il faut qu'elle soit, de plus, avouée par le droit. Or, éclairer les principes, les poser nettement, en déduire les conséquences, c'est encore se rendre utile en offrant des bases légales à cette appréciation souveraine.

C'est ce que nous venons faire en traitant une matière trop négligée de nos jours. Le Traité de M. Chardon a quelque peu vieilli, et nul autre que lui n'a traité le dol et la fraude d'une manière spéciale. Puissent nos efforts contribuer à leur répression !

7. — Pour atteindre à cette répression, il faut que les magistrats se pénètrent bien de l'esprit de la loi. Dans les procès de ce genre, le défendeur à la nullité fait les plus pressants appels à l'autorité du titre, surtout lorsque ce titre est authentique; à l'entendre, il ne faut, sans mettre en péril les choses les plus sacrées, lui porter aucune atteinte ou en amoindrir la puissance.

8. — Oui, il importe que le titre soit respecté. Une convention légitime ne doit pas rester un vain mot. Mais tout cela ne peut et ne doit faire repousser, sans instruction, les reproches d'illégitimité adressés au contrat. La faveur accordée au titre par le législateur n'est que la conséquence de la présomption que ce titre est loyalement intervenu et que l'obligation qu'il crée est légalement contractée. C'est donc vouloir en méconnaître le caractère que de prétendre la convertir en une arme protectrice du dol ou de la fraude.

Le législateur y a si peu songé, qu'il n'hésite pas à anéantir le titre, lorsque le reproche est justifié, et c'est à la preuve testimoniale qu'il demande les fondements de ce reproche. L'admissibilité de la preuve orale, contre un titre écrit, indique bien le prix qu'il attache à la répression de tout ce qui altère la pureté et la loyauté du contrat.

[1] *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit.* L. 6, Cod., *de dolo malo.*

9. — Au reste, l'admissibilité de la preuve orale était une véritable nécessité. Le dol et la fraude se gardent bien de laisser après eux des traces écrites. Vouloir des titres écrits ou seulement un commencement de preuves, c'était renoncer à l'espérance de toute répression.

Cette considération avait paru si décisive à nos anciens jurisconsultes, qu'elle les avait même portés à se montrer peu exigeants sur les résultats de la preuve orale.

La fraude, dit Dumoulin, éloigne les témoins au lieu de les appeler; *quare non ita exacte probationes de jure exiguuntur... Alioquin facillissime esset sophisticatione verborum, seu per verbales actus, quotidie eludere consuetudinem* [1].

Simulationem probari ex indiciis et conjecturis, probationesque imperfectas, nimisque integras admitti [2].

Ce qui était vrai à cette époque n'a pas cessé de l'être, ou mieux l'est devenu plus encore aujourd'hui. Tout a progressé depuis lors, et le dol et la fraude ne sont certes pas restés en arrière. On pourrait donc enseigner encore aujourd'hui qu'on doit non-seulement admettre la preuve testimoniale, ce qui ne fait pas doute, mais encore qu'on ne doit pas trop se montrer sévère sur ses résultats.

10. — Cependant, nous avons entendu souvent soutenir le contraire. Les nullités, a-t-on dit, sont odieuses, il faut donc se garder de les encourager, *odia restringenda*. Il n'y a de nullités odieuses que celles s'adressant à la forme, sans pouvoir atteindre le fond du droit. Qu'importe en effet, comme le dit un jurisconsulte moderne [3], dans le for intérieur, l'irrégularité d'une demande dans la forme, si cette demande est juste au fond?

Mais la nullité d'un acte couvrant sous sa perfection apparente un traité injuste, arraché par le dol ou suggéré par la fraude, n'est qu'une légitime satisfaction à la bonne foi indignement abusée; loin d'offrir quelque chose d'odieux, ce résultat n'a rien que de très-moral et de très-juste.

Ce qui serait véritablement odieux, ce serait d'entourer d'une sollicitude quelconque l'auteur présumé d'une fraude coupable, de contribuer, par une sévérité intempestive, à rendre la découverte du dol impossible, et d'assurer ainsi le triomphe d'une spoliation audacieusement exécutée.

L'esprit de la loi repousse et devait repousser un pareil résultat. Les efforts des magistrats tendront sans cesse à en empêcher la réalisation. Ce n'est pas par des considérations pareilles que la demande en preuve doit être repoussée. Les invoquer, c'est se placer dans une contradiction flagrante avec la loi, avec la morale, avec la vérité.

11. — C'est dans les faits du procès, dans les circonstances ayant précédé, accompagné et suivi le contrat; c'est dans la position des parties, dans la nature de la convention, dans les faits dont on demande la preuve, que se puiseront les éléments d'appréciation de son admissibilité. Ce que les magistrats ne doivent jamais perdre de vue, c'est que le dol et la fraude sont difficiles à justifier; c'est que si la condamnation injuste est à jamais regrettable, il importe peu que cette condamnation doive méconnaître des droits légitimes ou consacrer une prétention déloyale. C'est donc à concilier tous les intérêts qu'ils doivent tendre sans cesse. Ils y aboutiront en portant dans l'examen des difficultés qu'ils auront à résoudre les saines notions de l'équité et du droit.

12. — Les mots dol et fraude sont souvent réunis et confondus dans les œuvres de nos jurisconsultes. Cette confusion, qui n'existait pas dans le droit romain, est inadmissible. Sans doute, le dol et la fraude ont des caractères communs, subissent dans leur recherche l'empire de principes analogues, produisent des effets identiques. Mais il y a entre eux des différences notables dans leur nature, dans leur origine, souvent même dans leurs résultats.

Ainsi, le dol ne peut exister sans l'emploi de manœuvres, imputables à l'une des parties, ou exécutées dans son intérêt par un tiers.

La fraude, au contraire, ne réside le plus souvent que dans l'exécution d'une convention licite et juste, elle n'exige aucune manœuvre; elle est, dans certains cas, concertée entre toutes les parties contractantes.

Le dol vicie essentiellement le contrat.

La fraude, même convenue, n'a souvent aucune influence sur la validité et, conséquemment, sur l'exécution à donner à la convention.

Aussi, verrons-nous que la plainte en fraude n'est pas toujours permise, tandis que celle en dol ne saurait, dans aucun cas, être refusée à la partie lésée.

13. — Ces différences tracent naturellement

[1] *Ancienne coutume de Paris*, § 23, n° 62.

[2] Leferon, sur l'article 15, *Coutume de Bordeaux*, titre *du Retrait lignager*.

[3] Solon, *des Nullités*, introduction, p. 6.

notre division. Nous devons d'abord examiner le dol, sa définition, ses caractères, la preuve de son existence, ses effets. Nous traiterons ensuite de la fraude, selon qu'elle a eu pour objet ou de tromper la partie, ou de nuire à des tiers, ou d'éluder la loi, ce qui comprend le vaste champ des simulations.

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITION DU DOL.

SOMMAIRE.

14. — Comment Servius avait défini le dol; vices de cette définition.
15. — Définition donnée par Labéon, admise par les jurisconsultes.
16. — A passé dans notre droit.
17. — Cas dans lesquels le dol dégénère en délit.
18. — Différence de l'action en répression du délit d'avec celle en réparation du dol.
19. — La décision au correctionnel ne crée aucune fin de non-recevoir contre l'action ultérieure pour dol.

14. — Le jurisconsulte Servius avait défini le dol en ces termes : ***Machinationem quamdam, alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur.***

Les principes du droit romain sur la matière rendaient cette définition inacceptable par sa trop grande généralité. Nous verrons en effet, tout à l'heure, que le dol n'était pas toujours pris dans la même acception, malgré que dans tous les cas on pût relever les caractères exigés par Servius.

C'est par cette observation que Labéon contestait la justesse de la définition donnée par Servius. On peut, disait-il, tromper sans dissimulation; d'autre part, une dissimulation certaine n'est pas toujours et nécessairement répréhensible, dans le cas, par exemple, où elle n'a pour but que de protéger son intérêt légitime ou celui d'un tiers : ***Posse sine dissimulatione id agi, ut quis circumveniatur; posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt qui per ejus modi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua, vel aliena.***

15. — Il fallait donc pour le dol une désignation qui ne s'appliquât qu'à lui et qui le caractérisât d'une manière précise et non équivoque. En conséquence, Labéon le définissait : ***Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*** [1].

Cette définition fut admise par les jurisconsultes romains, elle répondait parfaitement à l'idée qu'on peut se faire du dol et des caractères le constituant. En effet, le concours de manœuvres déloyales et d'un préjudice pour la partie contractante détermine nettement la nature du dol et son objet, indique le double fondement de l'action ouverte à celui qui en a été victime, action qu'Ulpien explique en ces termes : ***Ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa.***

16. — Notre droit a recueilli sur ce point les errements du droit romain. Aujourd'hui donc, comme à cette époque, on doit considérer comme dol punissable toute espèce de manœuvres, de finesses, d'artifices, employés pour entretenir une personne dans l'erreur qui la détermine à une convention préjudiciable à ses intérêts, ou qui la détourne de faire une chose utile [2].

17. — Le dol dégénère en véritable délit, lorsque les manœuvres qui le constituent atteignent une gravité telle, que l'ordre public exige autre chose que l'annulation du contrat, avec dommages-intérêts. En conséquence, le préjudice provoqué, soit par l'emploi de faux noms ou de fausses qualités, soit par des manœuvres ayant eu pour objet de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, est une véritable escroquerie entraînant l'application d'une peine corporelle [3].

18. — Notre sujet se restreignant au dol en matière civile, nous n'avions à indiquer ce qui précède que pour en déduire cette conséquence. La loi distingue formellement l'escroquerie du simple dol; dès lors, le fait insuffisant pour constituer le délit puni par l'article 405 du Code pénal peut créer une action en nullité de la convention et en dommages-intérêts. Cette action peut être intentée soit principalement, soit accessoirement à l'instance correctionnelle. Mais quelle que soit la décision de celle-ci, aucune fin de non-recevoir ne saurait être opposée à l'exercice de la première.

En matière de délits, comme en matière de crimes, l'intention est seule constitutive de la culpabilité. Les juges correctionnels décident donc plutôt une question intentionnelle qu'une question de fait. Aussi, l'acquittement prononcé ne prouve qu'une seule chose : l'absence de

[1] L. 1, Dig., § 2, *de dolo malo.*
[2] Toullier, t. VI, no 87.
[3] Article 405 du Code pénal.

criminalité. Reste donc le fait matériel, dont les conséquences, plus ou moins nuisibles, peuvent être déférées à une autre juridiction. Si ce fait est imputable au prévenu, s'il est le produit de la ruse et du mensonge, ce prévenu, déchargé de la peine d'un délit non démontré, resterait passible de la réparation du préjudice naissant du fait qu'il aurait commis.

Ainsi la loi civile atteindra comme dol ce que la loi criminelle n'a pu atteindre comme escroquerie. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que la compétence des tribunaux correctionnels est nécessairement subordonnée à la constatation du délit; qu'elle disparaît avec celui-ci. Dès lors, en cas d'acquittement, les juges correctionnels ne peuvent statuer sur les prétentions de la partie civile, ni lui adjuger aucuns dommages-intérêts. Ils doivent donc la déclarer non recevable et la condamner aux dépens.

19. — Mais cette décision ne fait nul obstacle à l'introduction d'une action en nullité, ou en dommages-intérêts devant les tribunaux ordinaires. L'action civile pour dol diffère essentiellement de l'action civile pour escroquerie : chacune de ces actions a ses caractères spéciaux, obéit à des principes particuliers, reconnaît une compétence distincte. Conséquemment, la chose jugée sur la dernière n'est jamais opposable à l'action postérieure en dol. Elle ne produit d'autre effet que de rendre à tout jamais impossible une poursuite en escroquerie.

Mais le fait motivant celle-ci est de nature à constituer un dol. Il peut donc donner naissance à l'action ou à l'exception que le dol crée. On pourrait d'autant moins invoquer la maxime *non bis in idem*, que le juge correctionnel non-seulement n'a pas connu du dol, mais qu'il ne pouvait en connaître.

Sans doute, c'est le même fait qu'il a eu à apprécier, mais son appréciation n'a dû et pu porter que sur le caractère de délit attribué à ce fait. N'oublions pas que l'article 360 du Code d'instruction criminelle appelle fait, l'accusation elle-même, le crime ou le délit qu'elle qualifie, et non l'acte matériel à raison duquel elle est intervenue [1]. La décision crée la chose jugée sur cette criminalité, laquelle disparaissant fait place à un fait purement civil, sur les conséquences légales duquel rien n'a été statué, parce qu'elles n'ont jamais été en question [2].

[1] Legraverend, t. I, p. 339, 400; Mangin, *de l'Action publique*, t. II, p. 344.

[2] Cassation, 3 juillet 1844, D. P., 44, I, 64.

SECTION I.

CARACTÈRES DU DOL.

SOMMAIRE.

20. — Pourquoi le législateur n'a pas considéré comme moyens de nullité tout ce qui s'écarte de la stricte bonne foi.
21. — A quelles conditions devra-t-on reconnaître le dol?
22. — Première condition, il faut que les manœuvres ou artifices aient été de nature à faire illusion.
23. — Conséquence. — Tout mensonge, toute ruse n'équivaut pas au dol.
24. — Opinion de Pothier à cet égard.
25. — C'est donc sur la nature et la gravité des moyens employés que devra se porter l'attention du juge.
26. — Faut-il que, comme la violence, le dol ait dû faire impression sur un esprit raisonnable?
27. — L'état moral de la partie exercera toujours une grande influence.
28. — *Quid* si elle était dans un état presque habituel d'insanité d'esprit?
29. — De la dépendance dans laquelle une des parties serait à l'égard de l'autre?
30. — L'appréciation du juge est souveraine.
31. — Seconde condition. — Le dol doit avoir déterminé le contrat.
32. — La préexistence de l'intention de contracter exclut donc l'action en nullité, mais laisse subsister celle en dommages-intérêts.
33. — Troisième condition. — Le dol doit être le fait de la partie. — Conséquence.
34. — Droits de la partie lésée contre l'auteur du dol.
35. — Exceptions à la règle du maintien de l'acte : 1° lorsque les avantages produits par le dol ne résultent pas d'une obligation.
36. — 2° Lorsque la partie étrangère au dol en a connu l'existence au moment du contrat.
37. — Quatrième condition. — Le dol doit avoir occasionné un préjudice.
38. — Exigences du droit romain : *Consilium fraudis eventus damni.*
39. — En quoi ces exigences ont perdu de leur importance en droit français.
40. — Cependant, si le préjudice est dénié, c'est au plaignant à en justifier l'existence.
41. — L'existence d'un préjudice moral ferait-elle annuler le contrat?

20. — L'équité et la morale exigent que les parties contractantes agissent, l'une envers l'autre, avec la plus entière bonne foi. De là cette conséquence, que les traités faits au mépris de cette prescription devraient être considérés comme incapables de produire un lien légal.

Mais il est, en législation, des nécessités invincibles. On ne pouvait proscrire tout ce que l'exacte probité réprouve, sans exiger des hommes une perfection n'existant nulle part, sans tomber dans les plus grands inconvénients, sans s'exposer à jeter la plus grande perturbation dans les transactions de la vie sociale.

Aussi n'a-t-on pas fait dépendre le sort des

contrats de l'existence avérée de toute ruse, de tout mensonge. Le dol seul les annule, et, par dol, le législateur entend les manœuvres et artifices ayant créé l'erreur préjudiciable à l'une des parties.

21. — Pour tomber sous le coup de la loi, ces artifices et manœuvres doivent offrir dans leur conception, dans leur emploi, une gravité facilement appréciable. C'est ainsi que la doctrine et la jurisprudence l'ont depuis longtemps consacré. Cette gravité résultera de certaines conditions sur lesquelles le juge devra tout d'abord porter son investigation.

22. — La première de ces conditions est que les manœuvres et artifices aient été de nature à faire illusion à la personne trompée. La peine édictée contre le dol a surtout pour objet la juste réparation due à celui qui en a été victime. C'est à titre de dédommagement, que la loi accorde la nullité de l'acte, et, suivant les cas, une allocation de dommages-intérêts. Or, un dédommagement quelconque n'est dû qu'à celui qu'une force majeure a seule entraîné, qui n'a succombé que par l'effet d'une violence morale qu'il ne pouvait ni prévoir, ni empêcher.

Dans le cas contraire, celui qui se plaint a lui-même à se reprocher la légèreté de sa conduite, la foi qu'il a imprudemment accordée, lorsque des investigations, que son intérêt lui prescrivait, l'auraient mis à même de découvrir la ruse dont il a été victime. Conséquemment, lui accorder une réparation, serait récompenser son imprudence. Or, la loi doit bien protéger celui qui n'a pu se défendre, mais elle n'a aucune obligation envers celui qui, pouvant se protéger lui-même efficacement, a négligé ou dédaigné de le faire.

23. — C'est en ce sens que nous disions tout à l'heure que tout mensonge, que toute ruse ne donne pas ouverture à l'action en dol; cependant, le résultat de l'un peut être identique à celui que l'autre produirait, c'est-à-dire qu'un préjudice grave a pu être réellement causé par la ruse ou le mensonge. Mais l'un et l'autre, se produisant simplement, pouvaient être reconnus. L'imprudence de la partie leur a seule donné l'effet qu'ils ont produit : il n'y a donc plus qu'une dissimulation que la loi et la morale réprouvent, mais qui ne peut constituer le dol puni par l'article 1116 du Code civil.

24. — « Dans le for intérieur, dit Pothier, on doit regarder, comme contraire à la bonne foi, tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte, la plus scrupuleuse; la seule dissimulation sur ce qui concerne la chose faisant l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à la bonne foi.

« Dans le for extérieur, une partie ne serait pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes que celui, avec qui elle a contracté, a données à la bonne foi, autrement il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas d'être rescindées. Il n'y a que ce qui blesse ouvertement la bonne foi qui soit, dans ce for, regardé comme un vrai dol, tel que toutes les mauvaises manœuvres et tous les mauvais artifices qu'une partie aurait employés pour engager l'autre à contracter [1]. »

Vainement donc prouverait-on qu'on a été entraîné par la ruse, déterminé par le mensonge. Si les précautions ordinaires pouvaient déjouer la ruse, démasquer le mensonge, l'acte doit être maintenu. Il n'y a dol punissable que lorsque l'erreur inférée s'est produite par des moyens de nature à convaincre de la vérité de la fausse allégation, à endormir la vigilance et à rendre vaines toutes investigations.

25. — Il résulte de là que c'est surtout sur la nature des moyens employés, sur leur gravité, que le plaignant doit appeler l'attention de la justice. C'est cette appréciation qui fournira la solution du litige. Dès lors, la question soulevée par la poursuite du dol est plutôt une question de fait, qu'une difficulté de droit. Les manœuvres et artifices signalés existent-ils? Ont-ils la gravité indispensable pour faire résoudre le contrat? Telles seront, en dernière analyse, les seules, les véritables difficultés.

Ce caractère du litige laisse une grande part à l'arbitrage souverain du juge. Il est cependant quelques principes de nature sinon à commander, du moins à diriger l'exercice de ce pouvoir. En voici notamment qu'on ne doit pas négliger.

26. — L'article 1112 du Code civil, qui punit la violence, exige pour l'atteindre qu'elle ait été de nature à faire impression sur un esprit raisonnable; doit-on exiger ce caractère en matière de dol?

Il y a entre la violence et le dol cette différence : que la première, s'annonçant par des actes matériels, sera parfaitement appréciable dans ses divers degrés. Elle procédera d'ailleurs, et presque toujours, par les mêmes moyens, et l'on comprend que, pour en juger les effets, on ait exigé que les actes la caractérisant aient pu faire une grave impression, au moins sur une intelligence éclairée, sur une raison ordinaire.

[1] *Des Obligations*, n° 30.

Le dol, au contraire, confond la raison et se joue de l'intelligence. Insaisissable dans la pensée qui le conçoit, protégé par la fraude présidant à son exécution, il sait faire illusion au plus habile. Chaque espèce devra donc se résoudre par les moyens qui lui seront propres. On ne se demandera pas si un esprit raisonnable aurait ou non succombé, la question posée sera uniquement celle-ci : le demandeur a-t-il cédé et dû céder aux manœuvres déployées pour pervertir sa volonté et égarer son consentement?

27. — Mais l'état moral de la partie exercera toujours une puissante influence sur la décision. La loi protége plus efficacement le mineur, parce qu'elle le suppose plus accessible aux suggestions de la mauvaise foi. Mais il est des majeurs dont la volonté, inerte et faible, est plus facilement entraînée que ne le serait, dans la même occurrence, celle de certains mineurs. La protection due à ceux-ci doit donc les entourer dans de certaines limites. Le dol sera d'autant plus à supposer à leur égard, qu'ils étaient pour lui une proie plus facile et plus sûre.

28. — Par une supériorité de raisons, le dol serait plus facilement admis, s'il était argué que la victime se trouvait dans un état habituel d'insanité d'esprit. Dans une pareille hypothèse, on ne s'appesantirait pas trop sur la gravité ordinairement exigée pour les manœuvres constituant le dol. La simple obsession pourrait suffire, c'est ce qui a été admis pour la captation.

On sait que pour annuler une libéralité imputée à la captation, on exige de celle-ci un caractère frauduleux et dolosif. Il faut conséquemment qu'elle ait été accompagnée de manœuvres tendant à fausser la volonté du donateur ou du testateur. Mais de simples démarches, fréquemment répétées, afin d'obtenir une libéralité, lorsqu'elles s'adressent à un individu dans un état d'imbécillité ou de démence presque habituel, ont été jugées constituer le dol punissable. C'est notamment ce que la cour d'Aix a décidé, le 3 juin 1845, par la confirmation d'un jugement du tribunal de Toulon, annulant une libéralité faite par la dame Pourriac à une de ses nièces.

29. — Nous n'hésitons pas non plus à considérer, comme un élément essentiel d'appréciation, la dépendance dans laquelle seraient respectivement les parties au moment de l'acte, même sous le rapport de l'intérêt pécuniaire. Des poursuites rigoureuses, exercées par un créancier contre les biens ou contre la personne de son débiteur, peuvent placer celui-ci dans une position dont il a été facile d'abuser, en lui arrachant le sacrifice d'une partie plus ou moins forte de sa fortune. Un acte ainsi obtenu n'est-il pas réellement le produit d'une véritable violence, et ne devra-t-on pas l'apprécier sévèrement sur la plainte de la partie intéressée?

Sans doute les poursuites du créancier sont l'exercice d'un droit. Mais si elles n'ont pour objet que de forcer la main au débiteur, si le sacrifice consommé par l'acte attaqué n'a aucun motif sérieux, s'il est démontré qu'il n'est uniquement que le résultat recherché de, et par, la poursuite, faudra-t-il laisser le créancier possesseur paisible de ce qu'il aura ainsi frauduleusement obtenu? Nous ne le pensons pas : *Nemini sua fraus patrocinari debet.*

30. — N'oublions pas, au reste, qu'en cette matière les tribunaux prononcent comme le ferait un jury. Il suffit qu'ils soient convaincus de la gravité du dol, pour qu'ils soient autorisés à en anéantir le produit. Cette gravité est relative; elle se détermine tantôt par la finesse de l'artifice, tantôt par l'âge, le sexe, la condition des parties. Conséquemment tels et tels faits qui ne sauraient constituer le dol à l'endroit de l'un le constitueront pour l'autre. Nous le répétons, la loi s'en rapporte entièrement à la prudence des tribunaux, et, sans leur demander compte des éléments de leur conviction, elle l'accepte comme l'arbitre souverain du litige [1].

31. — La seconde condition, pour que le dol annule le contrat, est que sans son emploi il n'eût pas existé de convention. Qu'il ait été, dès lors, la cause unique et déterminante du consentement, *dans causam contractui.*

La nullité résultant du dol est une peine en même temps qu'une réparation. Cette dernière doit s'étendre à toutes les conséquences nuisibles, et ce résultat n'est nullement inconciliable avec l'existence de l'acte attaqué.

Or, pourquoi anéantir celui-ci lorsque la volonté de le consentir existait chez toutes les parties. Malgré que la volonté de l'une d'elles ait été plus tard pervertie par des manœuvres coupables, l'acte n'en est pas moins intervenu librement. Il suffit donc, dans cette hypothèse, que le préjudice résultant du dol exercé dans l'exécution de cette pensée soit entièrement réparé, à moins que la circonstance sur laquelle on a été trompé soit de telle nature que sa connaissance eût fait abandonner toute idée de traiter.

[1] Cassation, 27 août 1836; 5 décembre 1838; J. D. P., t. I, 1839, p. 263.

32. — Ainsi, la certitude de la volonté de contracter avant et indépendamment de toute manœuvre est exclusive de toute poursuite en nullité de l'acte. Le traité renferme un lien légal qu'il faut respecter, tout en ramenant son exécution dans les limites légitimes que la convention devait avoir dans la pensée commune des parties.

Mais le maintien de l'acte ne serait ni équitable ni logique, lorsque, sans intention de contracter, la partie poursuivante n'a été déterminée à le faire que par les manœuvres dolosives dont elle se plaint. Il importe que le dol soit poursuivi et atteint dans tous les effets qu'il a produits; or, dans l'espèce, l'existence de l'acte n'est elle-même qu'un de ces effets, dès lors elle doit être condamnée et proscrite.

Il n'y a donc, en général, de nullité forcée que lorsque le contrat a été inspiré par le dol. S'il est certain que la partie était décidée à traiter, de telle manière qu'elle l'eût fait, alors même qu'il n'y aurait eu aucun dol, l'acte est maintenu. Mais on ne doit respecter que ce qui est indépendant du dol [1]. Conséquemment, tout ce qui n'est qu'une conséquence directe de celui-ci doit être corrigé. On doit donc, tout en maintenant l'acte, soit annuler les clauses dues aux manœuvres reprochées, soit allouer des dommages-intérêts suffisants pour réparer intégralement tout préjudice.

33. — La troisième condition pour que le dol soit punissable, c'est qu'il ait été commis par celui avec qui on a contracté. Nul ne peut répondre que de son propre fait, que de sa faute. En conséquence, si la partie attaquée n'a réellement ni connu le dol, ni coopéré aux manœuvres qui le constituent, sa bonne foi rend le contrat inattaquable, et en assure l'exécution.

34. — Mais cette conséquence ne fait nul obstacle à ce que la partie lésée poursuive et obtienne la réparation du préjudice qu'elle éprouve. L'auteur du dol, quel qu'il soit, est tenu de cette réparation, alors même qu'il ne dût retirer aucun avantage personnel du traité déterminé par ses manœuvres.

35. — Cette règle reçoit cependant des exceptions, et la partie étrangère au dol perd tous les avantages qu'il en avait retirés :

1° Lorsque ces avantages, ne résultant pas d'une obligation contractée en sa faveur, ne lui sont acquis que par sa qualité, ou par une disposition formelle de la loi. Ainsi la renonciation, annulée comme produite par le dol, serait censée n'avoir jamais existé, et l'héritier appelé au profit de cette renonciation perdrait tous ses droits. Il serait en conséquence tenu de restituer l'hérédité qu'il aurait déjà appréhendée, alors même qu'il eût ignoré l'existence du dol;

36. — 2° Lorsque la partie contractante, sans être elle-même l'auteur du dol, en a connu l'existence au moment du contrat. Connaître un fait réprouvable aux yeux de la justice, et vouloir en recueillir les fruits, c'est se rendre complice de ce fait, à la consommation duquel on se prête sciemment. Il est donc juste de priver le complice, tout au moins, des gains illicites devant lesquels il n'a pas reculé.

37. — Enfin, la quatrième condition pour l'imputabilité du dol, c'est qu'un préjudice ait été causé. Le dol, avons-nous dit, nécessite une peine et une réparation. Il n'existe donc que lorsqu'il y a fait illicite chez l'un, préjudice chez l'autre. L'absence de tout préjudice enlèverait à la répression du dol son objet le plus essentiel, et en rendrait la poursuite évidemment frustratoire. L'intérêt étant la mesure de l'action, et l'intérêt n'existant qu'autant qu'on est lésé, l'impossibilité de justifier de l'existence d'un préjudice quelconque rendrait la partie plaignante non recevable dans son action.

38. — Ainsi se retrouve dans notre droit ce double caractère que le droit romain exigeait pour le dol, à savoir : *Consilium fraudis, eventus damni.* Mais, sous l'empire de cette législation, cette prescription avait une portée bien autre que celle qu'elle conserve aujourd'hui. Le droit romain reconnaissait un dol licite, *dolus bonus*, une fraude nuisible dans ses résultats, mais n'exigeant pas un concert préalable, *fraus non in consilio sed in eventu.* Et tout cela devait être soigneusement distingué puisque l'action en dol était infamante.

39. — Cela n'existe plus en droit français. Sans doute nous reconnaissons des simulations licites, mais ces simulations ne sauraient être qualifiées dol, par la raison toute simple qu'elles sont ordinairement concertées par les deux parties. L'action en dol n'est plus que ce qu'est l'action en fraude, et n'atteint jamais d'autres résultats que celle-ci.

Donc, chez nous, le dol n'a qu'une acception impliquant nécessairement l'existence d'un préjudice. Ce ne sera jamais dans un but innocent ou inoffensif qu'on se livrera à des manœuvres, à des artifices destinés à *entretenir une personne dans l'erreur qui la détermine à une convention préjudiciable à ses intérêts, ou qui la détourne de faire une chose utile.*

[1] Cassation, 19 janvier 1841.

D'autre part, comment admettre qu'une partie se plaigne d'un acte ne lui causant aucun grief. On ne plaide pas pour le plaisir de plaider, surtout lorsque, sans espoir de rien gagner, on sait qu'on y perdra toujours quelque chose.

40. — Quoi qu'il en soit, le dol n'existe que lorsqu'il y a réellement préjudice. Conséquemment, si le défendeur soutient qu'il n'en a causé aucun, le demandeur aura l'obligation de prouver celui dont il se plaint. Mais on ne devra pas exiger que ce préjudice soit né et actuel; il suffira qu'il y ait crainte fondée pour l'avenir, probabilité même d'une chance, pour que l'auteur du dol soit condamné, soit à faire cesser l'état des choses que ses artifices ont déterminé, soit à fournir toutes les assurances éventuelles qui lui seront réclamées.

41. — L'existence d'un préjudice moral légitimerait l'action du poursuivant. Celui qui a été déterminé, par artifices, à vendre une propriété qu'il affectionnait, et dont il ne se serait pas défait sans le dol employé, sera recevable à demander la nullité de la vente. Vainement le prix reçu serait-il proportionné à la valeur de la chose vendue; il n'en serait pas moins certain que la volonté du vendeur a été violentée; et si les manœuvres dont il se plaint ont réellement existé, son consentement, surpris par ce moyen, manque d'une de ses qualités essentielles, et n'est par conséquent pas susceptible de créer un lien légal. Il n'y aura dans cette espèce qu'un préjudice moral; mais cet intérêt est aussi sacré qu'un intérêt matériel. Le dol ne peut pas plus léser l'un que l'autre.

Il résulte de ce qui précède que le dol n'agit pas toujours d'une manière uniforme. Conséquemment nous avons à le distinguer dans les diverses parties de la convention qu'il est dans les cas de vicier. Après en avoir recherché la nature, nous en ferons ressortir les effets.

SECTION II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE DOL.

SOMMAIRE.

42. — Le droit romain distinguait le dol en bon ou mauvais.
43. — Exemple d'un dol bon, *dolus bonus*.
44. — Cette distinction n'existe plus sous l'empire du Code.
45. — Elle a été cependant en quelque sorte conservée pour ce qui concerne la fraude.
46. — Le dol ne peut être que personnel En était-il de même en droit romain?
47. — Opinion de Merlin et de Toullier sur le dol réel.
48. — Examen de la doctrine d'Ulpien; ce jurisconsulte a-t-il admis un dol réel?
49. — En combien d'espèces se divise le dol?

42. — Le droit romain appelait dol toute simulation, tout artifice à l'aide duquel un acte perdait son véritable caractère, pour en revêtir un ne lui appartenant réellement pas. De là la nécessité de distinguer le dol en bon et mauvais. Ce qui constituait le premier était non-seulement l'absence de toute intention frauduleuse, mais encore, et surtout, le défaut de préjudice. C'est ce qui se déduit de l'observation de Labéon, rappelée par Ulpien : *Posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua, vel aliena* [1].

Ulpien nous enseigne de plus que le dol licite pouvait exister dans plusieurs circonstances, et que c'est pour enlever tout doute que l'épithète de mauvais avait été ajouté au mot dol : *Non fuit prætor contentus dolum dicere, sed adjicit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro solertia hoc nomen accipiebant maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur* [2].

Dans ces limites, la qualification de bon, donnée au dol, est irréprochable. Les artifices employés contre les ennemis ou les voleurs ne pouvaient certes faire encourir le moindre blâme. Les uns et les autres auraient eu assez mauvaise grâce à se plaindre de ce qu'on avait déjoué leurs projets. Mais il n'en était pas de même relativement à certains actes auxquels on étendait les effets de cette dénomination. Ainsi, on considéra d'abord comme licite le dol exercé sur le prix de vente des choses mobilières ou immobilières : *In pretio emptionis et venditionis*, disait Pomponius, *naturaliter licet contrahentibus se circumvenire* [3]. Mais cette maxime parut bientôt ce qu'elle était : par trop compromettante; aussi ne tarda-t-on pas à la réduire, dans la pratique, à une portée plus restreinte. On admit que cette faculté n'allait jamais jusqu'à autoriser une lésion énorme; qu'elle ne devait s'entendre que du droit de vendre un peu plus cher ou d'acheter à un prix moindre que ne valait la chose, en d'autres termes, qu'il était loisible à chacun de rechercher un honnête avantage, *conditionem suam facere meliorem*.

[1] L. 1, Dig., § 2, *de dolo malo*.
[2] *Ibid.*, § 3.
[3] L. 16, § 4, Dig., *de minoribus* xxv *annis*.

43. — Un exemple ayant le mérite de caractériser le *dolus bonus* et de bien tracer en quoi il diffère du dol mauvais, est l'espèce citée par le jurisconsulte Paul, dans le § 3 de la loi 19, Dig., *de negotiis gestis*.

« Chargé de faire mes affaires pendant mon absence, vous avez acquis une propriété que vous ne saviez pas m'appartenir : vous l'avez depuis prescrite. Je ne puis en obtenir la restitution par l'action *negotiorum gestorum*.

« Mais si après l'achat, et avant l'accomplissement de la prescription, vous découvrez que la propriété m'appartient, vous devez interposer quelqu'un qui vous en fera la demande en mon nom, et qui, par ce moyen, vous fournira celui de conserver mon bien, et de veiller à vos propres intérêts par l'exercice de l'action en garantie que vous avez contre votre vendeur.

« Cette supposition de personne est ordinairement une fraude. Mais, dans l'espèce, elle n'aura rien de répréhensible : *Nec videris dolum malum facere in hac subjectione, ideo enim hoc facere debes ne actione negotiorum gestorum tenearis.* »

Il y a évidemment dans cette hypothèse défaut de résolution frauduleuse, absence de tout préjudice. En effet, l'action n'est intentée que pour se soustraire à la fraude du vendeur de la chose d'autrui. Le résultat de cette action sera de faire sortir à effet une garantie imposée par la loi elle-même. L'interposition de personne, dans ce double but, est donc on ne peut pas plus légitime.

Nous avons vu ce qu'était le *dolus malus*, nous avons déjà dit que ce qui le caractérisait en droit romain c'était surtout le *consilium fraudis* et l'*eventus damni*.

44. — Au reste, cette distinction en bon et mauvais était complétement inutile sous l'empire de notre législation. Le mot dol a reçu dans notre langue une acception qui en fixe désormais la nature. Il se prend toujours en mauvaise part. Les ruses contre l'ennemi ou contre les voleurs sont non-seulement un droit, mais encore un devoir, imposé par la légitime défense de sa personne ou de ses biens. D'autre part, les artifices employés pour déterminer l'exécution d'une obligation parfaite sont également exempts de tout reproche et ne sauraient motiver une action quelconque.

Il y a plus, le Code distingue le dol, non-seulement de la fraude, mais encore de la surprise, de la supercherie. Ainsi l'article 1255 permet de revenir contre l'imputation faite par surprise, et l'article 1967 autorise à répéter la dette de jeu acquittée par suite de supercherie.

45. — Mais ce qui n'a plus aucune portée pour le dol, en a conservé une véritable en matière de fraudes. Celles-ci ne sont pas nécessairement illicites. Il en est dont le législateur assure le maintien et l'exécution. La distinction en bonnes ou mauvaises pourrait donc leur convenir, si depuis longtemps on ne les avait qualifiées de licites ou d'illicites, épithètes que le génie de notre langue rend préférables.

46. — Le dol ne peut être que personnel, puisqu'il ne résulte que de manœuvres donnant naissance à l'erreur et au préjudice. Mais est-il vrai que, par opposition au dol personnel, les Romains eussent admis un dol réel? Merlin et après lui Toullier, et d'autres jurisconsultes recommandables, ont admis l'affirmative. Ils la fondent sur ces paroles d'Ulpien : *Et si nullus dolus intervenit stipulantis, sed res ipsa in se dolum habet* [1].

47. — Cette distinction est fortement contestée par ces mêmes jurisconsultes : « Le dol, dit notamment Merlin, vient de la mauvaise foi, et conséquemment toujours de la personne; à la vérité, les choses elles-mêmes peuvent tromper, ou, pour mieux dire, on peut être trompé à l'occasion des choses; mais cette erreur est seulement l'effet de l'ignorance, ou, si c'est l'effet du dol, ce dol ne se trouve pas dans les choses, mais dans la mauvaise foi de celui qui les présente à l'effet de tromper [2].

48. — L'évidente justesse de ces considérations rend de la plus complète invraisemblance qu'elles aient échappé à la sagacité du célèbre jurisconsulte romain. On ne peut pas surtout admettre qu'elles lui aient échappé au point qu'il ait pu enseigner l'existence d'un dol réel. Ulpien n'a-t-il pas dit que ce qui constitue le dol c'est l'emploi, dans le dessein de nuire, de la ruse, de la finesse, de l'artifice? Comment aurait-il donc supposé qu'une chose pût jamais réaliser cet emploi, et concevoir cette volonté de tromper, *consilium fraudis*, élément essentiel du dol?

A notre avis donc, Ulpien n'a pas dit autre chose que ce que Merlin dit lui-même, à savoir : qu'on peut être trompé par les choses, mais que, dans ce cas encore, le dol n'est et ne peut être que personnel. Ce qui le prouve, c'est qu'après les mots que nous venons de rapporter, Ulpien ajoute immédiatement : *Cum enim quis*

[1] L. 36, Dig., *de verb. obligat.*

[2] *Répert.*, v° *Dol*, § 1; voy. Toullier, t. VI, n° 89.

petat ex ea stipulatione hoc ipse dolo facit quod petit. Ce qui le prouve mieux encore, c'est ce que ce jurisconsulte nous a déjà dit : *Et quidem illud annotandum est quod specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quæratur, non in rem, si in ea re dolo malo factum est, sed si in ea re nihil dolo malo actoris factum est, docere igitur debet is qui objicit exceptionem dolo malo actoris factum, nec sufficit ei ostendere in re esse dolum* [1].

Ainsi, il ne suffit pas que la chose soit défectueuse pour que le dol existe, il faut qu'il y ait un acte reprochable à celui qui a livré la chose, ou qui veut sciemment abuser de cette défectuosité. Conséquemment, aux yeux d'Ulpien, le dol est toujours personnel, puisqu'il n'existe que par le fait d'une des parties, soit que ce fait vicie le contrat dans son origine, soit qu'il ait pour but de contraindre à une exécution déloyale et injuste : *Cum enim quis petat ex ea stipulatione hoc ipse dolo facit quod petit.*

Interpréter ainsi la conduite du poursuivant, était facile en droit romain. L'obtention du jugement était nécessairement précédée de la *litis-contestatio* qui en devenait la base. Or celle-ci opérait une véritable novation, en substituant au droit primitif le droit résultant de la formule [2]. Dès l'instant que le créancier poursuivait déloyalement l'obtention de celle-ci, il commettait un dol, et le droit était censé vicié dans son origine, puisque le dol était en principe la cause de cette obtention.

C'est au reste ce que le § 3 de la loi 2, Dig., *de doli mali et metus exceptione,* explique fort bien : *Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Licit enim eo tempore quo stipulabatur nihil dolo malo admiserit, tamen discendum est eum* CUM LITEM CONTESTATUR, *dolo facere qui perseverat ex ea stipulatione petere.*

49. — Le dol ne peut donc être que personnel, nous l'avons déjà dit. Mais il ne procède pas toujours de la même manière et, conséquemment, ne produit pas toujours les mêmes effets. Il est substantiel, lorsqu'il attaque l'acte dans son essence ; accidentel, lorsqu'il ne vicie qu'une des clauses du contrat. Substantiel ou accidentel, le dol est direct ou indirect, positif ou négatif. Examinons-le sous ces divers points de vue.

[1] L. 2, § 1, Dig., *de doli mali et metus exceptione.*
[2] Étienne, *des Actions,* n° cxx.

§ Ier.

Dol substantiel ou accidentel.

SOMMAIRE.

50. — Quand le dol est-il substantiel ?
51. — Effet du dol substantiel.
52. — Obligations de celui qui en allègue l'existence.
53. — Dol dans le consentement, quand existera-t-il ?
54. — Premier exemple.
55. — Deuxième exemple.
56. — Troisième exemple.
57. — Dol sur la capacité de la partie.
58. — Effet de l'incapacité, si le capable l'a connue.
59. — *Quid* si elle a été ignorée ?
60. — Quand cette ignorance pourra-t-elle être utilement invoquée ?
61. — Dol sur la matière du contrat.
62. — Ce dol peut être négatif. — Exemple.
63. — Autre exemple du dol sur la matière du contrat.
64. — Dol sur la cause du contrat. — Fréquence probable de ce dol, le but qu'il se proposera.
65. — Dans toutes les hypothèses, c'est en définitive le consentement qui sera vicié.
66. — Dol accidentel. — Ses caractères.
67. — Premier exemple.
68. — Second exemple.
69. — Ce dol, quant aux qualités de la chose, ne saurait en général être constitué que par des manœuvres.
70. — Il en est de même lorsqu'il affecte le prix.
71. — La vileté du prix ne fait donc pas supposer nécessairement le dol.
72. — Nécessité de la distinction entre la lésion et le dol, pour les ventes mobilières.
73. — Le dol exercé sur le prix n'annulera pas la convention.
74. — Il en est autrement du dol sur les qualités de la chose.
75. — Exemple du dol sur les qualités motivant l'annulation.
76. — Autre exemple.
77. — Effets du dol sur la qualité dans la vente de choses mobilières et dans les ventes commerciales.

50. — Le dol est substantiel lorsqu'il a pour objet de tromper sur l'une des conditions essentielles du contrat, de créer une erreur sans laquelle il est évident que la partie n'aurait pas traité [3].

51. — L'article 1108 énumère ces conditions. C'est d'abord le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. Les manœuvres à l'aide desquelles on est parvenu à égarer le consentement, à déguiser l'incapacité de la partie, l'absence de tout objet formant la matière du contrat ou celle d'une cause licite, constituent donc le dol substantiel. L'acte ne

[3] Article 1116 du Code civil.

renferme plus de lien obligatoire : *Colorem habet, substantiam vero nullam* [1].

Mais quelque vicieuse que soit au fond une convention ainsi obtenue, la régularité du titre qui la constate en fait présumer la légalité, en commande même l'exécution, tant que la partie lésée garde le silence. « Un consentement extorqué n'en est pas moins un consentement, et, tant qu'il n'est point attaqué, l'obligation subsiste [2]. »

52. — C'est donc à celui qui prétend en être affranchi à prouver devant la justice le vice qu'il lui reproche; à lui, à indiquer en quoi et comment il a été surpris, à justifier les moyens à l'aide desquels on a trompé sa volonté, égaré sa vigilance et créé une erreur sans laquelle il n'eût pas contracté.

1° *Dol dans le consentement.*

53. — Pour être utilement et valablement donné, le consentement doit procéder d'une volonté éclairée et libre; c'est ce qu'enseigne l'article 1109. Cette liberté d'action et de réflexion n'est jamais appréciée que relativement au contrat attaqué et aux circonstances au milieu desquelles ce contrat s'est réalisé.

Or, si la volonté de traiter a été inspirée par des manœuvres, si ces manœuvres ont le caractère de gravité que nous indiquions tout à l'heure, on devra reconnaître que le consentement n'a pas d'autres motifs que le dol, il n'est pas susceptible dès lors de créer un lien quelconque.

54. — Un exemple de ce dol, cité par la doctrine, est celui-ci : Je possède une maison qui est à votre convenance et que j'ai refusé de vous céder; pour me déterminer à le faire, vous me persuadez qu'un alignement projeté va la faire disparaître en partie. A l'appui de cette allégation, vous mettez sous mes yeux un plan de ce prétendu alignement, dont, dites-vous, votre crédit vous a fait avoir la communication.

La vente que cette communication aura déterminée sera parfaitement régulière, sous le rapport de la capacité des parties; elle aura un objet certain, une cause licite dans l'obligation. Mais il est évident que le consentement a été vicié dans son essence. Ce qui l'a inspiré, c'est la crainte que la communication du plan, faussement attribué à l'autorité, a fait naître; c'est la fausse supposition de la démolition partielle que ce plan indiquait; sans cette ruse, j'aurais persisté dans le refus que j'avais jusque-là opposé à vos propositions [3].

55. — Il en est de même dans l'hypothèse suivante : Nous avons un procès pendant devant un tribunal éloigné; vous me montrez une lettre d'un de vos amis, annonçant que vous avez gagné, tandis qu'il n'en est rien. Feignant ensuite de vouloir éviter les chances d'un appel, vous me proposez de transiger, et vous obtenez ainsi de moi des sacrifices que je n'aurais pas faits sans la fausse persuasion que vous m'avez inspirée.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il y aurait injustice à maintenir l'acte, car l'intention de traiter n'a pas été spontanée et libre. Conséquence de l'artifice et du mensonge, le consentement doit perdre tous ses effets par la preuve acquise de l'un et de l'autre.

56. — Les manœuvres employées pour persuader l'existence d'un danger chimérique, dans le but de se présenter comme en ayant préservé celui qui en était menacé, et obtenir de lui la rémunération de ce prétendu service, constitueraient un dol dans le consentement. L'acte de rémunération n'aurait donc aucune valeur légale, et devrait être anéanti sur la demande du souscripteur.

En résumé, il y a dol sur le consentement toutes les fois que la volonté de traiter n'a pas précédé le contrat; qu'elle n'est née qu'au moment même du contrat et à son occasion; qu'elle n'est que la conséquence de l'erreur, résultant des manœuvres frauduleuses employées pour la faire naître.

2° *Dol sur la capacité de la partie.*

57. — Il importe à chacun de ne contracter qu'avec des personnes capables. L'avenir du contrat, les devoirs et les obligations qui en naissent réciproquement tiennent à cette condition, l'incapacité de la partie devant amener nécessairement la nullité, en ce qui la concerne.

58. — Ainsi les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne peuvent valablement s'engager; ils seront déliés du traité qu'ils ont souscrit, alors même que ce traité aurait déjà reçu son exécution dans la partie qui leur est avantageuse.

[1] D'Argentré, article 269, no 4.
[2] Pothier, *Oblig.*, no 29.
[3] Rolland de Villargues, vo *Dol*, no 27.

Qu'il puisse en être ainsi pour celui qui a connu l'incapacité de celui avec qui il contracte, on le comprend, *volenti non fit injuria*. L'incapacité donnait à l'acte un caractère aléatoire qu'il a plu au créancier de braver. De quoi se plaindrait-il si, la chance de mauvaise foi se réalisant, l'incapable faisait prononcer la nullité de son engagement ? C'est dans ce sens que l'article 1125 prohibe aux parties capables le droit d'opposer l'incapacité de celle avec laquelle elles ont contracté.

59. — Mais la solution doit être tout autre lorsque la capacité de la partie a été supposée, et que cette supposition n'est que la conséquence des manœuvres pratiquées par elle. Mais il ne suffirait pas, dans ce cas, que la partie eût dissimulé son état civil, ou qu'elle se fût bornée à alléguer sa prétendue capacité. Chacun doit s'assurer de la condition de celui avec qui il traite, et ce devoir est complétement négligé par celui qui, se contentant d'une déclaration, ne se met nullement en peine d'en vérifier la sincérité et l'exactitude.

Dans cette hypothèse, il faudrait dire avec Pothier que dans le for extérieur, on ne peut être admis à se plaindre de ces légères atteintes données à la bonne foi, il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas d'être rescindées. D'ailleurs, ici le préjudice est autant imputable à l'incurie du créancier qu'au mensonge du débiteur. La loi, voulant protéger celui qui est trompé, ne devait aucune faveur à celui qui se trompe lui-même.

60. — Pour que la dissimulation de l'incapacité soit utilement invoquée, il faut donc que l'ignorance de celui qui se plaint soit le résultat d'un véritable dol, c'est-à-dire de manœuvres ne permettant pas de rechercher et de découvrir la vérité. C'est ce qui se réaliserait si l'allégation de la capacité avait été appuyée de documents faux ou altérés, de renseignements supposés, de pièces fabriquées, sans que celui qui les a acceptées ait pu soupçonner leur inexactitude.

3° Dol sur l'objet faisant la matière du contrat.

61. — Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire [1]. C'est en échange de cette obligation, que l'autre partie s'engage de son côté à payer ou à donner l'équivalent de ce qui lui est promis.

Le dol, exercé sur l'objet de la convention, est donc substantiel, il fait disparaître toute validité. Comment, en effet, exécuter un acte sans équivalent réel de la part d'une des parties ?

62. — Ajoutons qu'à cet égard, le dol peut être négatif et ne consister que dans la dissimulation frauduleuse du vice dont la chose est atteinte. Ainsi, un marchand possède un animal infecté d'un vice rédhibitoire, il le sait atteint d'une maladie contagieuse, cependant il le présente à la vente, et il le vend comme s'il était sain. Cette conduite est un véritable dol, parce que la dissimulation de la maladie constitue la violation d'un devoir formellement imposé par la loi, qui la punit d'une peine correctionnelle [2].

63. — Il y aurait dol sur la matière du contrat, et ce dol résulterait de manœuvres dans l'hypothèse suivante : un propriétaire d'une maison en ruine y fait faire de ces réparations superficielles qui, sans porter remède au mal, empêchent de l'apercevoir. Il la vend ensuite sans avertir l'acquéreur de l'état réel, et pour un prix égal à celui qu'elle eût produit si elle eût été en bon état. Il profite donc de l'illusion qu'il a su créer, car, en réalité, il n'offre pas l'équivalent de ce qu'il reçoit. L'acquéreur est trompé par l'exécution des réparations, véritables manœuvres constituant un dol dommageable.

D'autres fois, les manœuvres ont pour objet de tromper sur l'existence même de la chose promise, de persuader de la vérité et de la certitude d'un fait n'ayant jamais rien eu de réel, ou ayant cessé d'exister au moment même où il est affirmé. Dans ce cas, comme dans les précédents, le dol sera substantiel, puisqu'il privera le contrat d'une des conditions indispensables à sa validité.

4° Dol sur la cause du contrat.

64. — Un contrat ne saurait exister sans cause : aussi l'article 1131 dispose-t-il que l'obligation sans cause, ou sur une cause fausse, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

C'est surtout sur la cause du contrat que s'exercera le dol. On ne comprendrait guère, en effet, qu'il fallût recourir à la ruse et au mensonge, si le traité obtenu avait une cause légitime.

Le but que se proposera le dol sera donc ou

[1] Article 1126 du Code civil.

[2] Article 459 du Code pénal.

de tromper sur la cause même, ou de déguiser la fausseté ou l'illégalité de celle sur laquelle repose le contrat. Mais la preuve de son existence produira, dans l'un et l'autre cas, un résultat analogue.

65. — Au reste, il est facile de se convaincre que, dans chacune des hypothèses que nous venons de parcourir, c'est en définitive le consentement que le dol affecte. En effet, que ce consentement ait été lui-même surpris et arraché, qu'il ait été donné dans l'ignorance de l'incapacité de la partie, ou dans la croyance inférée d'une juste cause, ou dans la fausse persuasion de l'existence d'un légitime équivalent, il n'y a pas de consentement tel que le désire la loi. Il est certain que, dans tous ces cas, la vérité connue eût mis obstacle au traité ; la justice en exigeait donc la nullité, et cette nullité, édictée par l'article 1116 du Code civil, sera, dans tous les cas, la conséquence du dol substantiel.

66. — Le dol accidentel est celui qui s'exerce sur une des conditions accessoires du contrat, c'est-à-dire sur la qualité de la chose ou sur le prix. Ce dol n'exclut pas chez la partie la volonté de traiter ; au contraire, il suppose nécessairement cette pensée, puisqu'il ne se réalise que dans l'exécution qu'elle reçoit. Il est donc certain que le traité eût été consenti indépendamment du dol. Seulement, sans ce dol, il eût été plus avantageux [1].

67. — « Supposez qu'en me vendant votre maison, vous m'ayez vendu nommément le puits en dépendant, sans me dire que ce puits était commun à la maison voisine. Si je découvre ensuite que j'ai été trompé sur cet article, ceci n'empêchera pas que la vente de la maison ne tienne. Je comptais bien, à la vérité, que le puits ainsi que la maison m'appartiendraient en entier, mais je ne peux pas dire que la connaissance qu'on m'eût donnée du droit, qu'avait le propriétaire de la maison voisine, de se servir de ce puits, m'eût empêché d'acheter la maison [2]. »

68. — Dans le premier exemple de dol substantiel que nous avons donné, il n'y aurait plus qu'un dol accidentel si, vous proposant moi-même d'acheter ma maison, vous n'aviez parlé de l'alignement prétendu que pour l'obtenir à un prix inférieur à sa valeur réelle.

69. — C'est surtout pour le dol accidentel qu'il convient de se rappeler que le dol n'existe qu'autant qu'il a été pratiqué des manœuvres dans l'intention de tromper. Les défectuosités de la chose, ayant fait la matière du contrat, ne donnent pas, par elles-mêmes, ouverture à l'action en dol, si celui qui l'a transmise les a ignorées, ou s'il n'a rien fait pour les dissimuler. Si le réceptionnaire en éprouve un préjudice, il doit obtenir une juste réparation. Mais les limites dans lesquelles cette réparation devra se restreindre seront d'autant plus étroites, que la bonne foi de celui qui la doit sera d'autant plus certaine.

70. — Il en est de même, si le dol a porté sur le prix. La vileté du prix n'est constitutive du dol que si elle est le produit de manœuvres reprochables à l'acquéreur, et tendant à abuser le vendeur sur la véritable valeur de ce qu'il vend. Hors de là, il peut exister une lésion plus ou moins forte, et par conséquent application possible de l'article 1674 du Code civil, mais toute action pour dol serait inadmissible.

Cela serait vrai, alors même que l'acheteur eût affirmé que la chose ne valait pas plus que ce qu'il en a donné. C'est pour des affirmations de cette nature qu'on peut dire : *Licet contrahentibus se circumvenire,* car le mal a son remède à côté de lui. En effet, la prudence fait un devoir au vendeur de se méfier des allégations intéressées de l'acheteur, de ne les apprécier que ce qu'elles valent, ce qu'il peut faire avec d'autant plus de facilité, qu'il doit connaître la valeur réelle de la chose qu'il possède. L'erreur dans laquelle il serait volontairement tombé ne saurait lui donner le droit de se plaindre. Cette erreur ne serait dolosive que si elle s'était produite par des moyens devant nécessairement l'entraîner. Conséquemment, si tout se borne à une prétention qu'on a pu et dû discuter, la vente ne saurait recevoir aucune atteinte, sauf l'application de l'article 1674, si la lésion avait atteint les proportions requises.

C'est ainsi que le décidait le droit romain, comme nous l'apprennent ces paroles d'Ulpien : *Si quis adfirmaverit minimam esse hæreditatem, et ita eam ab hærede emit, non est de dolo actio cum ex vendito sufficiat, si autem mihi persuaseris ut repudiem hæreditatem quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum quasi melior eo in familia non sit, dico de dolo dandam actionem si callide hoc feceris* [3].

71. — Ainsi, la vileté du prix n'est pas une conséquence nécessaire du dol, et ne le fait pas supposer. Son existence doit donc être consi-

[1] Toullier, t. VI, no 91.
[2] Merlin, *Répert.*, vo *Dol*, no 3.
[3] L. 9, Dig., *de dolo malo.*

dérée sous un double rapport. Dans l'un, elle donne naissance à l'action en lésion, si elle est le produit d'une simple erreur; dans l'autre, elle autorise l'action en dol, si l'erreur a été déterminée par des manœuvres ou artifices. Cette dernière action est plus avantageuse que la première, car celle-ci exige un préjudice considérable, tandis que celle-là peut se fonder sur la lésion la plus minime. Cette différence dans les résultats s'explique par la nature distincte de chacune de ces actions qu'on ne saurait confondre sans injustice.

72. — Si la distinction entre la lésion et le dol est essentielle en matière de vente immobilière, elle l'est à bien plus forte raison pour les choses mobilières. Pour ce qui concerne celles-ci, l'action en rescision pour lésion n'étant pas admise, le préjudice, quel qu'il soit, restera pour le compte du vendeur, à moins qu'il ne justifie qu'il est victime d'un dol. Les caractères constitutifs de celui-ci acquièrent donc, en cette matière, une portée d'une plus haute importance.

73. — Le dol exercé sur le prix n'ayant nullement pesé sur la volonté de traiter, ses effets n'iront jamais jusqu'à faire prononcer la nullité de l'acte. Le but que doit se proposer le demandeur, c'est la réparation du préjudice qu'il éprouve, c'est ce qu'il obtiendra par une détermination plus juste du prix. Cette réparation remet chaque partie à sa place naturelle, tout en laissant subsister ce qu'il a été dans leur intention formelle d'accomplir.

74. — Il n'en est pas de même du dol accidentel sur la qualité de la chose. Ce dol peut avoir des proportions telles qu'on doive l'assimiler au dol substantiel, en ce sens que, sans son emploi, le traité n'aurait pas eu lieu.

75. — « Vous me vendez une maison que je croyais acheter comme étant une maison sûre, commode, bien éclairée, pour le genre de commerce dont je fais profession. Point du tout; après la vente consommée, un voisin me fait signifier que vous lui avez tout récemment accordé un droit de passage par l'un de vos appartements, la faculté d'ouvrir des vues sur votre maison, de masquer vos jours, etc... Dans ce cas, il est visible que je suis fondé, non pas simplement à prétendre une indemnité pour toutes ces servitudes, mais à demander que le contrat soit rescindé dans sa totalité; qu'en conséquence, vous soyez contraint à me restituer le prix de la vente que je puis vous avoir payé; que je sois déchargé de celui que je vous dois encore; et, de plus, que vous soyez condamné à des dommages-intérêts, résultant du tort que vous m'avez causé pour m'avoir induit en erreur. Car, en achetant votre maison, je comptais avoir une maison sûre, libre, telle que je l'apercevais et telle qu'il me la fallait pour mon commerce, et non pas une maison chargée de servitudes et notamment d'un passage. »

76. — « Il en serait de même si vous m'aviez vendu cette maison dans sa totalité, tandis que vous n'étiez propriétaire que d'une partie. C'était la maison entière que je voulais acheter et non simplement ce qui vous en appartenait [1]. »

Évidemment, dans ces deux espèces, le dol est accidentel par son objet, mais sa gravité est telle, qu'il est certain que la partie, quelle que fût d'ailleurs son intention, n'aurait pas donné suite à son projet, si elle avait connu la vérité. Il est donc juste de lui permettre de revenir contre son engagement et de briser un acte qui n'est plus en relation avec ses intentions.

77. — Dans la vente des choses mobilières, le dol sur la qualité équivaut au dol substantiel et en produit les effets. Dans les affaires commerciales surtout, c'est la qualité de la denrée qui forme le plus ordinairement la matière de la vente; dès lors le dol, portant sur la matière même du contrat, aurait pour conséquence son annulation.

Si la chose achetée était un objet certain, accepté après avoir été examiné et choisi, l'infériorité de la qualité, déguisée à l'aide de manœuvres ou artifices, ne constituerait plus qu'un dol accidentel.

Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a véritablement dol accidentel qu'aux deux conditions suivantes : 1° que l'erreur créée par les manœuvres frauduleuses ait porté sur une des qualités de la chose ou sur le prix; 2° que la qualité dissimulée ne soit pas d'une nature telle que sa connaissance eût infailliblement empêché le contrat. La première de ces conditions est facilement appréciable; la seconde est abandonnée à l'arbitrage des tribunaux.

§ II.

Dol direct ou indirect.

SOMMAIRE.

78. — Le dol direct est celui imputable à la partie elle-même.
79. — Dans quelle catégorie doit-on placer le dol du mandataire?
80. — Doctrine du droit romain sur le mandataire institué ou légal.

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Dol*, n° 3.

81. — Sous l'empire du code, le mandant répond même des dommages-intérêts dus au plaignant.
82. — Il n'en est pas de même du mineur et autres incapables; pour eux tout se borne à la restitution du bénéfice illégitime.
83. — Arrêt de la cour de Grenoble contre un mineur.
84. — Caractères du dol indirect. — Exemples.
85. — La parenté entre l'auteur du dol et la partie en profitant ne change pas la nature du dol. Mais elle peut influer sur la question de complicité par connaissance.
86. — Effets de la complicité, quelle qu'elle soit.
87. — Arrêt notable de la cour d'Agen.
88. — Caractère juridique de cet arrêt.

78. — Le dol est direct toutes les fois qu'il est imputable à la partie contractante, c'est celui que prévoit l'article 1116 du Code civil. C'est ce dol que les Romains appelaient personnel, qualification depuis consacrée par une doctrine constante.

Mais le dol, quoique non imputable à la partie personnellement, est quelquefois susceptible de produire les effets du dol direct. C'est ce qui se réalise lorsque cette partie, non présente à l'acte, y a stipulé par le ministère d'un tiers.

79. — On connaît la maxime *qui mandat ipse fecisse videtur*; de là cette conséquence que le dol consommé par le mandataire est présumé l'œuvre du mandant, avec d'autant plus de raison que ce dernier profitera seul des avantages en provenant. Admettre qu'il pût, dans un cas quelconque, retenir ces avantages, serait encourager la fraude et donner naissance aux plus graves abus. La décision contraire, plus conforme d'ailleurs à la morale et à la justice, doit être accueillie sans hésitation.

80. — C'est ce qu'avait fait la législation romaine : *Si is procurator sit, cui omnium bonorum administratio concessa de omni dolo ejus excipi posse.* Ainsi le dol du représentant rejaillissait contre le représenté. Il en était de même de celui de l'esclave contre son maître, de celui des personnes placées sous sa dépendance contre celui dont elles dépendaient [1].

La rigueur du principe atteignait même le mineur qu'on déclarait responsable du dol de son tuteur : *Dicendum sive quis emerit a tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit, et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debet* [2].

81. — Nos lois actuelles ne pouvaient déroger à de tels principes. Aussi doit-on encore admettre que le dol, non-seulement du mandataire général, mais encore du mandataire particulier, dans ce qui a fait l'objet du mandat, ne saurait profiter au mandant. Dès lors on sera recevable à poursuivre contre celui-ci la réparation due à celui qui a été trompé.

Cette réparation comprend, outre la nullité de l'acte, les dommages-intérêts couvrant le préjudice souffert. On arrive à cette décision, non pas seulement par les principes relatifs à la responsabilité du mandant, mais encore par application de l'article 1382. Le dol est ici la conséquence directe du mandat; or, il y a faute de la part de celui qui a donné ses pouvoirs à quelqu'un capable de recourir au dol, et cette faute ayant occasionné un préjudice, l'auteur en doit la réparation, sauf son recours contre le mandataire.

82. — Quant aux mineurs, aux interdits, aux femmes mariées, ils ne peuvent non plus profiter du dol commis par leur représentant légal. Mais, par rapport à eux, tout doit se réduire à la restitution du bénéfice acquis illégitimement, sans qu'ils puissent être jamais passibles d'aucuns dommages-intérêts. La raison en est que, par rapport à eux, il s'agit d'un mandat purement légal dont ils doivent subir les effets, et qu'ils ne peuvent ni rétracter ni empêcher. Or, s'il est juste de leur prohiber de s'enrichir par la mauvaise foi de leur représentant, il ne le serait à aucun titre de permettre que leur patrimoine personnel eût à souffrir des conséquences de cette mauvaise foi.

83. — La cour d'appel de Grenoble a eu à faire l'application au mineur des principes ci-dessus, dans l'espèce que voici :

Un sieur Perrin avait donné un immeuble à son petit-fils. La donation avait été acceptée, pour celui-ci, par son père, fils du donateur.

Plus de dix ans après la transcription, le donataire poursuit la radiation des inscriptions grevant l'immeuble donné du chef de son aïeul. Cette demande était fondée sur l'article 2265 du Code civil.

Le créancier contesté soutient que la donation a été faite en fraude de ses droits, il en demande en conséquence la nullité. Le mineur répond qu'il était, lui, incapable de mauvaise foi au moment de la donation, et que conséquemment rien ne s'est opposé à la prescription décennale.

Mais la cour, convaincue que la donation n'avait eu, de la part de Perrin, donateur, et de Perrin, père du donataire, d'autre objet que celui de se soustraire au payement d'une dette

[1] L. 4, §§ 17 et 18, Dig., *de doli mali et metus except.*

[2] *Ibid.*, § 23.

légitime, a annulé la donation et maintenu l'hypothèque attaquée.

« Attendu, porte l'arrêt, que l'article 2265 du Code civil n'introduit le bénéfice de la prescription de dix ans d'un immeuble, en faveur du propriétaire, que lorsqu'il a été acquis de bonne foi et par juste titre...; que toutes les circonstances donnent lieu de suspecter la bonne foi du grand-père, donateur, et de son fils, acceptant pour le petit-fils mineur, d'où l'on peut tirer la conséquence que cet acte de donation à cette époque paraît avoir eu pour but, de la part du grand-père Perrin et de son fils, de se soustraire au payement de leurs dettes, et que par suite la prescription de dix ans n'a pu profiter à Perrin, petit-fils, au préjudice d'un légitime créancier [1]. »

Ainsi, il y a dol direct toutes les fois que les manœuvres sont imputables à la partie, soit qu'elle les ait exécutées personnellement, soit que, représentée par un mandataire, celui-ci les ait employées dans l'intérêt du mandant.

84. — Le dol est indirect lorsque la partie appelée à en profiter est restée étrangère à sa perpétration. Il se réalise toutes les fois que, sans contracter avec une personne, on la détermine, par des artifices ou réticences frauduleuses, à faire une chose contraire à ses intérêts [2].

Ainsi, si vous m'avez persuadé faussement, et par de mauvaises voies, qu'une succession était insolvable et que vous m'ayez déterminé à y renoncer.

Ou bien si, sachant que la fortune d'un autre était dérangée, vous m'ayez fait croire le contraire, en employant les mêmes voies, dans l'intention de me tromper [3].

85. — Le dol ne cesse pas d'être indirect dès qu'il n'a pas été employé par la partie ou par son représentant, quel que soit d'ailleurs le degré de parenté ou d'alliance entre cette partie et l'auteur du dol. On comprend, au reste, que ce degré de parenté ou d'alliance ne sera pas sans influence sur l'appréciation de la complicité reprochée à celui qui profite du dol.

Il importe, en effet, de remarquer qu'il ne suffit pas à la partie de prouver qu'elle n'a matériellement coopéré en rien aux manœuvres constituant le dol. Il faut encore qu'elle n'en ait eu aucune connaissance. Cette connaissance, au moment du contrat, la rendrait complice et convertirait le dol du tiers en dol direct. Or, cette connaissance sera bien plus facilement présumée entre proches parents qu'entre personnes étrangères les unes aux autres.

86. — La complicité résultant, soit d'une coopération active, soit d'une collusion, soit de la connaissance du dol au moment du contrat, étant prouvée, le dol devient direct et produit tous les effets attachés à celui-ci. Ainsi, et suivant l'espèce, la convention est résiliée ou maintenue avec dommages-intérêts.

87. — A l'appui de cette doctrine, nous citerons un arrêt de la cour d'Agen, qui nous paraît s'être exactement conformé à l'esprit du législateur.

En 1827, Vendrias vend, par acte public, un moulin à Mercié. Quand celui-ci veut se mettre en possession, Cassaigne, qui possédait déjà ce moulin comme l'ayant acheté, exhibe un acte sous seing privé portant une date antérieure, mais enregistré seulement depuis la vente faite à Mercié. Il ajoute qu'il n'est que le renouvellement d'un acte antérieur de plusieurs années; qu'ainsi, la propriété réside sur sa tête.

Mercié répond que, vis-à-vis de lui, l'acte n'a date certaine que du jour de l'enregistrement, et que le contrat public doit l'emporter.

Cassaigne réplique que cette présomption d'antériorité cesse en cas de dol; que Mercié connaissait la vente sous seing privé; qu'il s'est rendu complice d'un fait de stellionat; qu'il ne peut dès lors se dire un tiers dans une œuvre de fraude qui lui est propre et qui, bien que non réprimée par la loi pénale, constitue un délit moral susceptible de preuve; et qu'il offre de prouver, ainsi que la vente sous seing privé, sa possession et les réparations par lui faites.

Mercié invoque l'article 1328 du Code civil. Il soutient qu'on n'est pas admissible à proposer des preuves contre la présomption légale de cet article; que dès lors toutes les preuves offertes, même celle tendant à établir sa connaissance personnelle de l'acte sous seing privé, doivent être rejetées.

Mais la cour, ne s'arrêtant pas à cette fin de non-recevoir, admit la preuve par les motifs suivants :

« Attendu que le dol et la fraude font exception à toutes les règles; que s'il était justifié que, lors de la vente consentie par Vendrias à Mercié, celui-ci avait une connaissance parfaite d'une vente antérieure faite par Vendrias à Cassaigne, il aurait existé alors un concert fraudu-

[1] 2 mars 1825. D. P., 25, 2. 191.
[2] Toullier, t. IX, nos 163, 192.
[3] Rolland de Villargues, vo *Dol*, nos 10 et 11.

leux entre Vendrias et Mercié pour porter préjudice aux droits acquis par Cassaigne; que les faits articulés par celui-ci sont tous de nature à fournir cette preuve; qu'étant concluants, ils doivent être admis [1]. »

88. — Sous le rapport juridique, cet arrêt nous paraît inattaquable. Les principes sur le dol et la fraude sont bien tels que la cour les vise, et leur application au fait est naturelle et légale. Qu'importe qu'il s'agisse du dol d'un tiers, si la partie, s'associant à ce dol, en a assumé sur sa tête la complicité?

Ajoutons qu'il y a une égale déloyauté à créer soi-même le dol ou à se prêter à la consommation de celui imaginé par un tiers. Dès lors, celui qui, dans un intérêt personnel, a aidé à celle-ci, est passible de la même responsabilité que le tiers lui-même et doit être puni comme lui.

§ III.

Dol positif ou négatif.

SOMMAIRE.

89. — Caractères du dol positif.
90. — Il se produit par paroles ou par actions.
91. — Difficulté de l'apprécier dans le premier cas.
92. — Ce qui atténue cette difficulté, c'est que le plus souvent le mensonge est appuyé sur des manœuvres. — Exemple tiré d'un dol substantiel.
93. — Appréciation et conséquence du mensonge employé.
94. — Caractères du dol négatif. — Exemple.
95. — Ces caractères avaient été relevés par le droit romain et par notre droit ancien.
96. — Si le principe est certain, son application est fort délicate.
97. — Exemple fourni par un arrêt de la cour de Rennes, confirmé par la cour de cassation.
98. — Autre exemple fort remarquable jugé par la cour de Poitiers et par la cour de cassation.
99. — Conséquences à déduire de cette jurisprudence.
100. — Espèces de dol négatif consacrées par l'art. 348 du code de commerce.

89. — Le dol est positif lorsqu'à l'aide d'une simulation active on persuade l'existence de faits chimériques, à l'effet de déterminer un consentement qui, sans l'emploi de ce moyen, eût été refusé, ou de parvenir à faire illusion sur la condition des personnes ou sur les qualités de la chose.

90. — Le dol positif se produit par paroles ou par actions. Dans le premier cas, il est caractérisé par le mensonge; dans le second, par les manœuvres, machinations, artifices, déguisements employés pour tromper, induire ou entretenir dans l'erreur celui qu'on veut circonvenir [2].

91. — La première espèce est ordinairement d'une appréciation fort délicate. Nous avons déjà dit que les seuls mensonges qui puissent être assimilés au dol sont ceux qui s'écartent ouvertement de la bonne foi et qui en blessent trop évidemment les principes. A quelles conditions reconnaîtra-t-on ces caractères? Lorsqu'il s'agit de l'allégation d'un fait faux, la partie trompée a pu, quelque grave qu'ait été le mensonge, en vérifier l'existence, en demander la preuve. Si elle a failli à ce devoir, elle s'est constituée en état flagrant d'imprudence, et, on le sait, l'imprudence exclut la possibilité de se plaindre du dol.

92. — Mais ce qui atténue la difficulté que nous signalons, c'est que le dol dont nous nous occupons se produit rarement à l'état de simple et pure allégation; presque toujours, en effet, cette allégation s'appuie sur des documents qui en rendent l'existence vraisemblable [3].

Ainsi, dans l'exemple que nous avons donné du dol sur le consentement [4], il est question d'un dol positif par paroles, c'est l'annonce d'un alignement prochain qui détermine la vente. Il y a donc véritablement mensonge, cet alignement n'existant pas même en état de projet.

On comprend cependant que, quelque blâmable que soit un pareil moyen, il ne saurait par lui-même constituer un dol punissable. On objecterait avec raison à celui qui s'en plaindrait qu'il devait, avant de s'engager, s'enquérir de la réalité du péril qu'on lui faisait entrevoir.

Mais lorsqu'à ce mensonge l'acquéreur a joint la production d'un plan justifiant l'alignement projeté, plan qu'il disait être l'œuvre de l'autorité et dont celle-ci avait bien voulu lui donner communication, il n'y a plus à hésiter, car le vendeur a pu croire toute vérification ultérieure inutile. Il a été fondé à admettre que leur résultat n'aboutirait qu'à celui qui lui était annoncé. On ne saurait donc lui reprocher de s'en être abstenu.

On ne saurait, en effet, pousser à l'excès l'obligation pour une partie de vérifier les faits sur lesquels s'appuie l'autre partie. Celui qui traite de bonne foi peut et doit admettre chez les autres la même bonne foi. Si l'on croyait

[1] 12 mai 1830.
[2] Toullier, t. IX, no 170.
[3] Voy. cass., 7 août 1837, D. P., 37, 1, 458.
[4] Voy. *suprà*, no 54.

toujours au dol et à la fraude, les transactions deviendraient extrêmement difficiles.

C'est dans ces idées qu'il faut apprécier la conduite de celui qui se prétend victime d'un dol; et, s'il est vrai que sa volonté n'a été entraînée que par le mensonge et la ruse, on ne saurait méconnaître ses droits à une juste réparation.

On voit par cet exemple ce qui caractérise le dol positif par paroles. C'est la réunion du mensonge, rendu probable par les documents qui l'appuient et le corroborent. C'est dans ces termes qu'il se produira le plus souvent.

93. — Au reste, si le mensonge seul est rarement dans le cas de constituer le dol, la preuve acquise de son existence, sa gravité, ses conséquences nécessaires pourraient, dans certains cas, constituer l'erreur prévue par la loi, donnant matière à la résiliation du contrat.

94. — Il y a dol négatif ou par réticence lorsqu'on tait ou qu'on dissimule un fait dont la connaissance importe à l'autre partie et eût empêché la confection du contrat.

Celui qui vend un animal atteint d'un vice rédhibitoire, dont il connaît l'existence, sans la déclarer, commet un véritable dol négatif. Il en est de même de celui qui vend un immeuble dont il sait que la démolition est ordonnée par l'autorité, et qui le laisse ignorer à l'acquéreur.

95. — Ce dol était parfaitement admis en droit romain : *Dolum malum a se abesse venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose dissimulat* [1].

Notre droit ancien avait admis la même doctrine; on la trouve exposée avec soin dans les ouvrages de l'illustre Pothier [2].

96. — Aujourd'hui le principe en lui-même ne saurait souffrir la moindre difficulté, il n'en est pas de même dans son application. La question de savoir à quels caractères on reconnaîtra la réticence frauduleuse, surtout lorsqu'il s'agira des qualités de la chose, peut présenter des doutes sérieux. Il est, en effet, des éclaircissements qu'aucune loi n'oblige de donner. C'est à celui qui y a intérêt à se les procurer, soit par lui-même, soit par l'entremise des gens experts dont il doit invoquer et employer les connaissances.

C'est sans doute pour concilier toutes choses que la loi a constitué les magistrats appréciateurs souverains de la nature, de la gravité et des conséquences de la réticence signalée à leur justice. Quelle qu'elle soit, leur décision sur ce point échappe à toute censure.

97. — C'est ce qui résulte d'un arrêt de la cour de cassation, du 5 décembre 1838, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Rennes, du 29 août 1837.

Or cet arrêt décidait que le silence gardé par un créancier connaissant le mauvais état des affaires d'une succession, lorsqu'en sa présence on annonçait aux héritiers que la succession offrait un actif important, déclaration qui a déterminé ceux-ci à accepter purement et simplement, a pu constituer un dol au moins par réticence, lequel donne aux héritiers le droit de se faire restituer contre leur acceptation [3].

98. — Déjà la cour de cassation avait, par un arrêt précédent, considéré comme dol négatif la conduite d'un plaideur qui, par des qualités qu'il prend et le mode de défense qu'il adopte, entretient à dessein son adversaire dans une erreur qui finit par être funeste, en opérant une prescription; qu'on devait en conséquence déclarer ce plaideur coupable d'un véritable dol et passible des dommages-intérêts résultant de l'erreur qu'il a entretenue, et dont il a profité.

Voici l'espèce sur laquelle est intervenue cette remarquable décision :

« En 1762, décès de l'abbé Masson. Il lègue à la dame Pivert, sa gouvernante, les domaines de la *Birotière* et de la *Gaillotière*. Le testament reste inconnu. Ses héritiers naturels s'emparent de la succession, cèdent, rétrocèdent; bref, en 1785, il se fait un partage par lequel le domaine de la *Birotière* échoit à un sieur Masson, et celui de la *Gaillotière* à un sieur Chessé.

« Le 14 juillet 1791, les époux Gilbert, représentants de la dame Pivert, ayant connu le testament, assignèrent au tribunal du district des Sables-d'Olonne les deux frères Masson, qui seuls paraissaient en possession de toute l'hérédité :

« 1° Pour voir dire et ordonner que la donation faite à la dame Pivert sera entérinée aux charges de droit;

« 2° Pour se voir condamner à délivrer aux requérants les choses à eux léguées.

« Le sieur Louis Masson répondit qu'il n'était pas seul héritier. Pressé de faire connaître ses cohéritiers, il en indiqua un grand nombre.

[1] L. 43, Dig., *de contr. empt.*

[2] *Vid.* notamment *Traité de la vente*, nos 234 et suiv.

[3] D. P., 39, 1, 40.

« Les Gilbert, par exploits des 18, 20 et 23 juin 1792, citent en conciliation quinze héritiers qu'on leur avait indiqués. Les assignés répondent qu'ils ont cédé leurs droits successifs au sieur Louis Masson, lequel, au moyen de cette cession, est resté possesseur des domaines dépendants de la succession, et s'est obligé formellement, envers les comparants et autres cohéritiers, à les garantir de tous événements qui pourraient résulter de cette succession.

« Traduits devant le tribunal, tous font défaut, à la réserve néanmoins d'un sieur Masson du Gert et d'une dame Thérèse Masson, qui, de concert avec Louis Masson, et quoique sans intérêt, puisqu'ils avaient cédé leurs droits successifs, répondirent qu'ils ne pouvaient s'expliquer, tant sur la forme qu'au fond, sans que tous les héritiers, dont ils donnent une liste nombreuse, aient été mis en cause, attendu que leur défense était commune.

« Après cela, Louis Masson prétendit que le testateur n'avait pas la propriété des choses léguées.

« Le sieur Gilbert, après de dispendieuses recherches des titres, donna satisfaction sur ce point.

« Masson prétendit encore que le testament était nul; enfin lui et son frère, dont il a depuis hérité, furent condamnés par forclusion, le 19 avril 1794, à exécuter le testament et à délivrer aux mariés Gilbert les métairies de la *Birotière* et de la *Gaillotière*.

« Appel. — 23 prairial an XII, arrêt de la cour d'appel de Poitiers qui entérine le testament, ordonne que Louis Masson, pour la partie qui le concerne, fera délivrance aux Gilbert des métairies de la *Birotière* et de la *Gaillotière*, avec restitution des fruits.

« Sur l'exécution de cet arrêt, nouvelles difficultés de Louis Masson. L'incident est porté devant la cour d'appel. Enfin Masson signifie, le 7 frimaire an XIV, un acte authentique du 1er juin 1785, jusque-là tenu secret, duquel il résulte que Chessé, par suite d'achat de la portion de quelques-uns des héritiers, était en possession du domaine de la *Gaillotière*.

« Après le règlement de cet incident, Masson restitue la *Birotière*. Alors Chessé forme tierce opposition à l'arrêt de l'an XII, au chef qui ordonnait la restitution de la *Gaillotière*; il appelle devant la cour tant les Gilbert que Louis Masson.

« La tierce opposition de Chessé était fondée sur la prescription décennale. L'acquisition de cette prescription n'était due qu'au silence gardé, pendant l'instance, par Masson, et aux manœuvres auxquelles il avait eu recours dans sa défense. Aussi les Gilbert, après avoir repoussé le moyen invoqué par Chessé, demandaient-ils subsidiairement que Masson fût déclaré coupable de dol à leur égard et, comme tel, tenu de les indemniser du préjudice qu'ils éprouvaient.

« La tierce opposition de Chessé ayant été accueillie, voici en quels termes la cour de Poitiers statua et admit les conclusions subsidiaires des Gilbert :

« Considérant que le sieur Masson a seul soutenu le procès jugé par l'arrêt du 23 prairial an XII, et où la contestation portait sur le domaine de la *Gaillotière*, en s'annonçant comme ayant seul, et par cession, les droits de tous les héritiers, et en ne démentant pas l'assertion faite par ses cohéritiers qu'il était leur cessionnaire; qu'il s'est fait considérer comme seul détenteur de la *Gaillotière*; qu'il a ainsi induit en erreur Gilbert; qu'il en résulte un dol qui le rend responsable envers celui-ci de l'impossibilité où il est aujourd'hui de faire délaisser ledit domaine.

« Considérant au surplus que, dans le cas où Gilbert aurait formé en temps utile une action contre Chessé, celui-ci eût eu une garantie à exercer contre Masson, résultant de l'éviction dudit domaine; et que le sieur Masson profitant de la prescription acquise par le sieur Chessé, il se trouverait gagner le plus, contre la maxime : *Nemini sua fraus patrocinari debet.* »

C'est avec raison que la cour de Poitiers relevait ce caractère dans le dol qu'elle punissait. L'intérêt personnel que Masson avait à ce que Chessé fût couvert par la prescription enlevait à sa conduite toute idée de bonne foi et établissait ainsi le *consilium fraudis*, dont la déchéance de Gilbert était l'*eventus damni*. La réunion de cette double condition constituait donc le dol punissable et légitimait la répression qui en était faite.

Vainement aussi le sieur Masson se pourvut-il en cassation; vainement excipa-t-il des termes dans lesquels la loi romaine définit le dol, pour soutenir qu'on ne pouvait trouver dans sa conduite les manœuvres, les ruses, les tromperies exigées pour le caractériser; vainement enfin faisait-il observer que dans l'instruction du procès il n'avait fait qu'user d'un droit, la cour de cassation n'en rejeta pas moins son pourvoi par arrêt du 5 février 1812, qui dispose en ces termes :

« Considérant que la cour d'appel a déclaré constant, non-seulement que Masson n'avait pas

donné aux héritiers Gilbert des éclaircissements que la loi ne l'obligeait peut-être pas rigoureusement à fournir à ses adversaires, mais qu'à cette réticence plus ou moins excusable, joignant l'astuce et la finesse dans la manière dont il avait procédé, dans les qualités qu'il a prises et dans le genre de défense qu'il a adopté, il est parvenu à donner aux héritiers Gilbert le change sur les poursuites qu'ils avaient à faire pour recouvrer la propriété de la métairie de la Gaillotière, et à laisser ainsi à Chessé le temps d'acquérir la prescription décennale, dont il devait profiter lui-même, en s'affranchissant du recours en garantie que Chessé aurait exercé contre lui en cas d'éviction; que, d'après ces faits déclarés constants, la cour d'appel a pu, comme elle l'a fait, appliquer à Masson les lois qui définissent le dol : *Omnis calliditas et fallacia ad decipiendum alterum adhibita* [1]. »

99. — Il résulte de ce monument de jurisprudence que tous moyens employés pour entretenir une erreur peuvent devenir un dol, alors que leur emploi est accompagné d'une réticence à l'appui de laquelle cet emploi est réalisé. Sans doute celui qui, dans une instance, use des voies dilatoires autorisées par la loi, jouit d'un droit, mais l'exercice d'un droit ne peut jamais faire tolérer le préjudice que sciemment on a l'intention de causer. Cela est surtout vrai lorsqu'on a soi-même un intérêt à agir ainsi.

Il en résulte encore que les tribunaux sont souverains dans l'appréciation des circonstances qui constituent le dol, et que la constatation de l'existence de ces circonstances et de leur nature ne saurait donner ouverture à cassation.

100. — L'article 348 du Code de commerce contient, en matière d'assurances, un exemple formel de dol négatif : « Toute réticence, toute fausse déclaration, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. »

L'économie de cette disposition fournit à notre avis un moyen sûr d'apprécier le dol négatif. Ainsi on déclarera tel tout mensonge, toute dissimulation dont l'objet a été de mettre une partie dans l'impossibilité de défendre suffisamment ses intérêts, ou de calculer l'étendue de son obligation relativement à l'équivalent qu'elle doit recevoir; c'est ainsi que le droit romain punissait celui *qui non solum obscure loquitur, sed qui insidiose dissimulat.*

[1] Sirey, 12, 1, 153.

§ IV.

Dol postérieur au contrat.

SOMMAIRE.

101. — Origine et nature de ce dol.
102. — Ses caractères.
103. — Peut naître à la suite d'une simulation licite.
104. — Exemple emprunté à Toullier.

101. — Dans les cas les plus ordinaires, le dol précède le contrat, qui en devient la consommation. C'est pourquoi la convention n'ayant pas d'autre base, sa validité est dans le cas d'être contestée, soit au fond, soit relativement à quelques-unes de ses conditions.

C'est là évidemment le dol dont parle l'article 1116 du Code civil.

Il arrive cependant qu'un contrat pur de toute manœuvre, consenti et proposé librement, se trouve vicié dans son exécution. L'une des parties, abusant de la confiance qui lui a été témoignée, cherche à en profiter pour s'enrichir aux dépens de celui qui a traité avec elle. Cette prétention constitue le dol postérieur au contrat, c'est-à-dire commis à l'occasion et par suite du contrat même. C'est ce qui se réalise le plus souvent à la suite d'actes simulés, ayant pour objet de tromper des tiers ou d'éluder une disposition prohibitive de la loi.

Ainsi un débiteur, pressé par ses engagements et dans l'intention d'en éviter les conséquences, aliène ses biens au moins d'une manière ostensible, vend ses immeubles, dépose ses meubles en mains tierces, concède quittance à ses propres débiteurs, et cela sans avoir touché ni le prix, ni la valeur.

S'il existe une déclaration de la part des prétendus acquéreurs ou dépositaires, si les quittances ont été suivies de contre-lettres en déterminant la nature et le caractère, l'auteur de ces actes n'a rien à craindre. Tout ce qu'il a à redouter, c'est que ses créanciers, connaissant la véritable signification des traités qu'il a consentis, n'obtiennent leur payement ou le poursuivent sur ses biens, même entre les mains des détenteurs actuels.

Mais il n'en est pas de même lorsque celui qui a recours à la fraude, suivant la foi de ses complices, n'a pas cru devoir exiger d'eux des contre-lettres. Celui qui a été assez peu délicat pour se prêter à une pareille complicité peut être tenté de faire tourner la fraude à son bénéfice. C'est ainsi qu'on a vu des individus, qui étaient devenus acquéreurs ou créanciers de complaisance, soutenir, soit contre l'auteur des

actes, soit contre ses héritiers, que les ventes sont réelles et les obligations sincères.

Dans d'autres circonstances, des personnes instituées pour transmettre à des individus déclarés incapables par la loi, ont prétendu retenir personnellement ce qu'elles n'ont reçu qu'à la charge de rendre, dénaturer ainsi la volonté de l'instituant, et frustrer les objets de son affection d'un avantage dont il a voulu les gratifier.

102. — Des actes de cette nature constituent non-seulement un dol, mais encore, comme Toullier le fait remarquer, un vol véritable, en prenant ce mot dans son acception la plus étendue. Il y a là, en effet, la machination frauduleuse en même temps qu'un abus de confiance et une rétention illicite du bien d'autrui.

Mais évidemment ce dol n'a pas même pu être prévu au moment du contrat. Dans tous les cas, il est resté sans influence sur son acceptation. L'engagement a été volontairement souscrit. Le dol ne rentre donc plus ni dans les dispositions de l'article 1116, ni dans la catégorie du dol accidentel. Cette différence de caractère indique et justifie une différence dans les conséquences et dans l'application des principes qui régissent la preuve du dol en général [1].

103. — Le dol postérieur au contrat peut naître à la suite d'une simulation licite. Ainsi, sur le point de contracter mariage, deux personnes font rédiger, par-devant notaire, leurs conventions matrimoniales. Le futur reconnaît recevoir à l'instant même la dot de la future, quoique, dans le fait, cette dot n'ait pas été comptée, soit qu'on l'ait simplement promise, soit que la reconnaissance d'une dot ne contienne qu'une véritable libéralité, en vue du mariage, faite à la future par le futur. Mais il arrive que le mariage ne s'accomplit pas, soit par le refus, soit par la mort de l'un des futurs. Cependant la future ou ses héritiers, armés de la clause du contrat, demandent la restitution de la dot qu'ils savent bien n'avoir jamais été comptée.

104. — Toullier cite un second exemple de dol, né d'une simulation licite. Paul, célibataire, donne à Pierre le fonds cornélien, sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix, fixé à 30,000 francs, est dit payé comptant; il se marie ensuite, et il a des enfants. Il notifie leur naissance à Pierre, et demande la révocation du contrat, en soutenant qu'il est simulé; que c'est une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente, et qui est de plein droit révoquée par la survenance d'enfants. Mais Pierre a la mauvaise foi de nier ce caractère de l'acte, et soutient que la vente est réelle; que le prix en a été sérieusement payé.

Dans cet exemple, comme dans ceux qui précèdent, l'acte attaqué a été, sans contredit, le produit spontané de la volonté éclairée et libre des deux parties. Le dol ne naît qu'au moment où, faussant cette intention, l'une d'elles veut faire produire à l'acte des effets qu'il n'a jamais été dans la pensée commune de lui donner. Cette espèce de dol peut donc d'autant moins être confondue avec celles qui précèdent, que celles-ci vicient l'acte, en totalité ou en partie, dans son origine, tandis que le dol postérieur au contrat suppose la préexistence d'une convention loyalement souscrite.

Ainsi caractérisé, ce dol se reconnaît parfaitement dans ces paroles d'Ulpien : *Cum enim quis petat ex ea stipulatione, ipse dolo hoc facit, quod petit.*

CHAPITRE II.

DE LA PREUVE DU DOL.

SOMMAIRE.

105. — L'autorité due au titre ne s'efface que devant la preuve de son illégitimité.
106. — Cette preuve résultera de celle établissant le dol.
107. — Le dol ne se présume jamais.
108. — Exceptions à cette règle et division du chapitre.

105. — Nous avons déjà dit que le titre régulier, émané de la partie à qui on l'oppose, est présumé renfermer l'expression exacte de ses volontés. Cette présomption suffit pour en assurer l'exécution, tant qu'une preuve contraire ne viendra pas l'anéantir et la détruire.

106. — Cette preuve contraire résultera de la justification du dol. Son existence, en effet, annulera l'acte, aux termes de l'article 1116 du Code civil.

Pour la matière qui nous occupe, la loi fait donc dépendre la validité de l'acte de l'existence certaine des manœuvres dont il est la conséquence. Aucun doute ne saurait s'élever sur ce point; la seule difficulté qui puisse surgir porte uniquement sur les conditions auxquelles on devra reconnaître cette existence.

107. — A cet égard, l'article 1116 nous apprend lui-même que le dol ne se présume pas, qu'il doit être prouvé. Cette prescription que nous trouvons dans toutes les législations est

[1] *Vid. infrà*, no 241.

avouée par la raison et l'équité. Un consentement écrit suppose une intention conforme, et ce n'est pas légèrement que l'on doit renverser les témoignages qui régissent les transactions. C'est donc à celui qui prétend n'avoir pas donné un consentement libre à justifier que celui dont il demande à être relevé lui a été arraché par des voies déloyales et illégitimes.

108. — Cette obligation de prouver le dol existe-t-elle dans toutes les circonstances et pour toutes les personnes? La solution affirmative s'induirait des termes de l'article 1116, que nous venons de rappeler; mais il importe de reconnaître que, généraliser ces termes d'une manière trop absolue, serait s'exposer à commettre une erreur de droit, la vérité étant au contraire qu'ils souffrent exception dans plusieurs cas.

Ainsi, il est des circonstances où le dol est présumé, quelquefois même jusqu'à exclure la preuve du contraire; il suffit donc alors de prouver le fait auquel cette présomption est attachée; ce fait est tantôt la qualité de la partie, tantôt la nature de l'acte, tantôt enfin son caractère et les circonstances dans lesquelles il s'est accompli.

Nous allons d'abord nous occuper des exceptions; nous rechercherons ensuite quel est, dans tous les autres cas, le mode de preuve admissible en matière de dol.

SECTION I.

DU DOL PRÉSUMÉ.

SOMMAIRE.

109. — La convention souscrite par un incapable est présumée dolosive en sa faveur.
110. — Personnes incapables de contracter.
111. — Les incapacités de l'article 1124, tenant à des principes divers, produisent des effets différents.
112. — Principe de l'incapacité pour les condamnés.
113. — Pour les mineurs, interdits, les femmes mariées.
114. — Application de la règle *restituitur minor non tanquam minor, sed tanquam læsus.*
115. — Opinion de l'orateur du gouvernement.
116. — Opinion de l'orateur du tribunat.
117. — Les mineurs français sont donc tous classés dans la catégorie des pubères romains.
118. — La nullité de leurs engagements réside donc dans la lésion présumée.
119. — Légitimité de cette présomption.
120. — Elle résultait du caractère même de l'engagement.
121. — Arrêt conforme de la cour de cassation.
122. — Cet arrêt condamne la doctrine de Toullier et Troplong, sur les engagements souscrits par les mineurs, hors la présence du tuteur.
123. — Avantages de la doctrine de l'arrêt.
124. — Il en résulte que les actes faits par le mineur, assisté de son tuteur, ne peuvent être attaqués que comme le seraient ceux faits par le majeur.
125. — Le mineur ne peut être relevé de son dol.
126. — Le dol du mineur contre le majeur n'est jamais présumé.
127. — Le mineur autorisé à faire le commerce est assimilé au majeur, pour tous les actes de ce commerce seulement.
128. — L'interdit est assimilé au mineur.
129. — Mais les actes postérieurs au jugement d'interdiction ne peuvent jamais être validés.
130. — La nullité de ces actes est purement relative.
131. — Les actes antérieurs au jugement d'interdiction sont présumés valables.
132. — Dans quel cas admettait-on la présomption contraire?
133. — Les engagements souscrits par la femme, sans l'autorisation de son mari, sont présumés frauduleux.
134. — Tout traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur est nul, comme dolosif, si les formalités de l'article 472 n'ont pas été remplies.
135. — Motifs du législateur.
136. — Nature des obligations du tuteur.
137. — Leur accomplissement doit être prouvé par écrit.
138. — La présomption de dol résultant de leur inaccomplissement est *juris et de jure.*
139. — Le récépissé à donner par le mineur peut être fourni au bas du compte, ou par acte séparé. — Le délai ne court que du jour où il a acquis date certaine.
140. — L'article 472 proscrit-il toute espèce de traité? S'applique-t-il seulement aux traités intervenus sur la gestion tutélaire?
141. — L'affirmative, dans le premier sens, est enseignée par Merlin.
142. — Réfutation.
143. — Le mineur qui attaque le traité n'aura donc qu'à justifier de l'inaccomplissement des formalités édictées par l'article 472.
144. — La présomption de dol admet-elle la preuve contraire? — Arrêt de la cour de Toulouse qui le décide.
145. — Dissentiment et réfutation.
146. — Arrêt contraire, de la cour d'Aix, bien préférable.
147. — Solution de la question sur la nature de la présomption.
148. — Celle de savoir si la reddition a été complète doit recevoir une tout autre solution. — Arrêts en ce sens.
149. — La nullité du traité, n'étant pas susceptible de ratification, n'est pas couverte par l'exécution.
150. — Arrêt de la cour de cassation, mal à propos indiqué comme jugeant le sens contraire.
151. — Conséquences du caractère purement personnel de la présomption.
152. — L'action qu'elle autorise passe-t-elle à l'héritier du mineur?
153. — Utilité du principe de la personnalité de l'action relativement aux donations entre-vifs ou testamentaires, faites par le mineur à son tuteur.
154. — Le testament du mineur, fait contrairement aux dispositions de l'article 907, est attaquable par ses héritiers. — Les donations entre-vifs le sont par le mineur lui-même.
155. — Recevabilité de l'action des héritiers, suivant que la libéralité a précédé la reddition du compte, ou suivi la reddition irrégulière.
156. — La mort du mineur, sans qu'il eût querellé le compte irrégulier ou la prescription de l'action en nullité, assurerait le sort de la libéralité.

157. — Arrêt conforme de la cour d'Aix.
158. — Mal fondé du reproche que Dalloz fait à cet arrêt, qu'il déclare être en contradiction avec un autre arrêt de la cour de cassation.
159. — Différence entre ces deux espèces.
160. — Conclusion.
161. — Le dol est encore présumé dans les libéralités dont se préoccupe l'article 909 du Code civil.
162. — Motifs de cette présomption et de la nullité en résultant.
163. — Conditions donnant naissance à l'action.
164. — Devoir de celui qui l'intente.
165. — L'incapacité se déduit plutôt du fait du traitement que de la qualité de la personne. — Conséquences pour les personnes qui se sont immiscées dans l'art de guérir, sans aucun titre pour le faire.
166. — Arrêts divers sur la matière.
167. — L'incapacité de l'article 909 atteint-elle les sages-femmes?
168. — *Quid* des garde-malades?
169. — Le traitement motivant l'incapacité, comment devra-t-il être constaté?
170. — L'incapacité des médecins, chirurgiens, etc., est étendue par la loi aux ministres du culte. — Sagesse de cette disposition.
171. — Nature de cette incapacité. — Quelles en sont les conditions.
172. — Arrêt de Toulouse pour un prêtre qui n'avait pas confessé le malade pendant sa dernière maladie.
173. — Faut-il dès lors admettre, comme l'a fait la cour de Grenoble, que la confession seule crée l'incapacité?
174. — Conséquences et danger de cette doctrine.
175. — Ce qu'il faut seulement en conclure, c'est que l'appréciation de la conduite du prêtre, comme des médecins, est laissée à l'arbitrage du juge.
176. — La présomption de dol créée par l'article 909 est *juris et de jure*. — La disposition est donc nulle, sauf les exceptions prévues par la loi; caractères de celles-ci.
177. — Une institution générale n'est jamais considérée comme un acte rémunératoire.
178. — Mode d'appréciation de l'institution particulière.
179. — L'institution universelle faite à un parent au quatrième degré est valable.
180. — Les dispositions de l'article 909 sont irritantes. Elles ne reçoivent donc que les exceptions formellement prévues.
181. — Doit-on appliquer ces principes aux personnes qui, sans caractère légal, ont traité le testateur lors de sa dernière maladie?
182. — Arrêt de la cour de cassation. — Conséquences.
183. — Esprit de la disposition exigeant que la libéralité ait eu lieu pendant la dernière maladie.
184. — La libéralité proscrite par l'article 909, déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, n'en est pas moins nulle. Conséquences.
185. — Dol présumé dans la disposition de l'article 1965. Différence entre la dette du jeu et la dette dolosive.
186. — Dol présumé en matière d'assurances maritimes.
187. — Motifs de la sévérité de la législation.
188. — A proprement parler, l'article 348 n'a fait que convertir en loi des inductions que la pratique avait tirées de l'ordonnance de 1681.
189. — Conséquences du silence gardé par celle-ci sur les réticences ou fausses déclarations. — Controverse entre les auteurs.
190. — Opinion de Valier, d'Émérigon, de Pothier.
191. — Le Code de commerce a tranché toute difficulté, en présumant le dol et en annulant l'assurance dans les cas qu'il prévoit.
192. — Motifs de cette dérogation au droit commun, en matière de dol.
193. — Le Code de commerce n'exige même pas que l'assuré ait agi dans l'intention de frauder. — Il suffit que le fait reproché ait influé sur le risque.
194. — Décision du tribunal de commerce de Marseille non attaquée en appel.
195. — L'application de l'article 348 ne peut offrir de difficultés que sur la certitude du fait imputé, et sur son influence sur le risque. — Pouvoirs du juge à cet égard.
196. — Mais il est des faits dont l'omission a forcément influé sur ce risque.
197. — L'omission du nom et du domicile de l'assuré n'entre pas dans cette catégorie.
198. — Opinion contraire de M. Bernard, réfutation.
199. — En général, l'omission de la qualité de propriétaire ou de commissionnaire est de peu d'importance.
200. — Lorsque la connaissance du véritable propriétaire pouvait influer sur le risque, les assureurs sont toujours admis à agiter la question de propriété, malgré les énonciations de la police.
201. — L'assurance faite par un créancier est-elle valable?
202. — Utilité de la déclaration qu'on agit comme mandataire.
203. — Cas dans lequel l'omission du nom du mandant constituerait une réticence dolosive.
204. — La connaissance du navire chargé du risque est un des éléments essentiels de l'assurance.
205. — Quel est l'effet de l'omission du nom et de la désignation?
206. — *Quid* de la fausse déclaration?
207. — Quelle doit être l'importance de l'inexactitude ou de l'erreur?
208. — Que faut-il entendre par la désignation du navire.
209. — Le nom et la désignation du navire ne sont pas requis dans le cas de l'article 337 du Code de commerce.
210. — La désignation du nom du capitaine peut influer sur le risque.
211. — Différence entre l'omission et la fausse déclaration.
212. — Effet du remplacement du capitaine désigné.
213. — La clause *ou tout autre pour lui* détruit-elle l'effet de la fausse déclaration?
214. — Cas dans lesquels l'omission du lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées n'annule pas l'assurance.
215. — Effet de la fausse déclaration ou de l'inexactitude à cet égard.
216. — Tout ce qui touche à la navigation du navire, le port d'où il doit partir, les ports ou rades dans lesquels il doit charger, décharger, entrer, est essentiel à la validité de l'assurance.
217. — Si le navire est en cours de voyage, et que le fait n'ait pas été déclaré, il y a réticence dolosive.
218. — Arrêt conforme de la cour d'Aix.
219. — — de la cour de Bordeaux.
220. — Conclusion.
221. — Nécessité de la déclaration des ports et rades dans lesquels le navire doit entrer, charger ou décharger.
222. — Exceptions à cette obligation.
223. — Effets de l'omission de la désignation du moment où le risque commence et où il finit.

224. — Obligation pour les assurés de déclarer, sous peine de réticence dolosive, toutes les circonstances de la navigation.
225. — La présomption de dol admise par l'article 348 est *juris et de jure*.
226. — Elle est exclusivement introduite pour les assureurs.
227. — Résumé.
228. — La preuve de la réticence est à la charge de l'assureur qui en excipe. — Mode de preuve admissible.
229. — Comment l'assuré pourra-t-il prouver qu'il a fait connaître le fait qu'on l'accuse d'avoir caché.
230. — La police d'assurance n'admet pas la preuve testimoniale outre son contenu. — Jurisprudence conforme.

109. — La convention souscrite par un incapable est présumée dolosive en sa faveur.

110. — L'article 1124 (Code civil) déclare incapables de contracter les mineurs, les interdits, les femmes mariées, tous ceux à qui la loi interdit certains contrats. Dans cette catégorie se rangent les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, celles frappées d'incapacité par suite de jugements ou arrêts criminels.

111. — Ces incapacités rangées sur une même ligne par l'article 1124, ne procédant pas toutes de la même cause, produisent des effets différents, selon qu'elles sont plus ou moins absolues.

En thèse générale, les mineurs non émancipés et les interdits sont absolument incapables; les femmes mariées, les personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire ne sont incapables qu'au regard de certains actes déterminés par la loi. Les incapacités résultant de condamnations criminelles, notamment de la mort civile, sont générales et absolues.

De là cette conséquence que les actes souscrits par les mineurs, les interdits, les condamnés, et ceux émanés des femmes et des personnes soumises à un conseil judiciaire, hors les cas où elles sont autorisées à agir, sont susceptibles d'être annulés sur leur réclamation.

112. — Quel est le principe de cette nullité? Pour les condamnés, c'est évidemment l'absence de toute capacité, et ce qui le prouve, c'est que la nullité est absolue, qu'elle profite même aux personnes majeures et capables; qu'il suffit d'avoir été partie en l'acte, pour être recevable à la demander.

113. — Pour les autres incapables, ce qui détermine la nullité de leur engagement, c'est bien plutôt le dol présumé que l'incapacité dont ils sont atteints. C'est ce dont il est facile de se convaincre par le texte et l'esprit de la loi.

114. — Le droit romain faisait résider le principe de la restitution du mineur, non dans la minorité, mais dans une lésion prétendue : *Restituitur minor non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Mais cela n'était vrai que pour les mineurs devenus pubères et qui n'avaient pas atteint leur vingt-cinquième année. Cette maxime restait donc inapplicable aux mineurs de douze et de quatorze ans; elle n'avait même été introduite par le droit prétorien que parce que, parvenu à cet âge, le mineur avait acquis la capacité civile, et qu'il était à craindre qu'on en abusât contre lui, mal protégé encore par l'inexpérience et la faiblesse de son âge.

Sans doute la distinction entre les pubères et les impubères n'existe plus dans notre droit français. La loi qui nous régit ne reconnaît plus que le mineur dans la personne âgée de moins de vingt et un ans. Est-ce à dire pour cela qu'elle a opté pour l'incapacité absolue des impubères, de préférence à la condition plus mitigée qui était faite aux pubères?

Laissons la loi elle-même nous expliquer le choix qu'elle a fait entre ces divers modes, et nous instruire des raisons qui l'ont déterminée.

115. — « Il faudrait, disait Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs de l'art. 1124, si on voulait prononcer, à raison de l'âge, une incapacité absolue de contracter, fixer une époque de la vie, et comment discerner celle où on devrait présumer un défaut total d'intelligence? Ne faudrait-il point distinguer les classes de la société où il y a le moins d'instruction? Le résultat d'une opération aussi compliquée, aussi arbitraire, ne serait-il pas de compromettre l'intérêt des impubères au lieu de le protéger? Dans leur qualité de mineurs, la moindre lésion suffit pour qu'ils se fassent restituer : ils n'ont pas besoin de recevoir de la loi d'autres secours.

« Supposera-t-on qu'une personne, ayant la capacité de s'obliger, contracte avec un enfant qui n'ait point encore l'usage de la raison, lorsqu'elle ne pourra en tirer aucun avantage? On n'a point à prévoir dans la loi ce qui est contre l'ordre naturel, et presque sans exemple. »

Ailleurs, et sous l'article 1305, le même orateur ajoutait : « Il résulte de l'incapacité du mineur non émancipé qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée; s'il n'était pas lésé, il n'aurait pas intérêt à se pourvoir; et la loi lui serait même préjudiciable, si, sous prétexte de l'incapacité, un contrat qui lui est avantageux pouvait être annulé. Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, et non de ne pouvoir contracter : *Restituitur tanquam læsus, non tanquam minor.* »

116. — Enfin, dans son rapport au tribunat, Jaubert se livrait à des observations analogues : « Il est bien vrai, disait-il, qu'en règle générale un mineur est déclaré incapable de contracter ; mais un mineur peut être capable de discernement : le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par un mineur.

« Voilà pourquoi la loi a dû distinguer.

« S'il s'agit d'un mineur non émancipé, la simple lésion donne lieu à la rescision en sa faveur.

« Il ne sera pas restitué comme mineur, il pourra l'être comme lésé. »

117. — Ces considérations, qui ont présidé à l'adoption de la loi, sont décisives ; on a donc rangé tous les mineurs dans la catégorie des pubères romains ; l'article 1125 en fournit d'ailleurs une autre preuve incontestable.

Si la nullité résultant de la minorité était la conséquence du défaut de capacité, l'acte que le mineur aurait souscrit manquerait de sanction et de lien obligatoire. L'article 1134 ne donne aux conventions force de loi, à l'égard des parties, que lorsque ces conventions sont *légalement* formées. Or, celles auxquelles des mineurs auraient concouru seraient évidemment privées de ce caractère.

En effet, l'article 1108 du Code civil fait de la capacité des parties une des conditions substantielles du contrat. Si cette condition ne se rencontre pas, le contrat est atteint dans son essence et n'existe réellement pas.

De là, pour toutes les parties, la faculté et le droit de le faire dissoudre. C'est ce qui se réalise, nous le disions tout à l'heure, dans l'hypothèse d'une convention contractée avec ou par une personne morte civilement. Ce n'est là d'ailleurs que l'application d'une maxime incontestable : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

118. — Pourquoi donc l'article 1125 prive-t-il les parties majeures du pouvoir de demander la nullité de l'acte souscrit par un incapable? Évidemment si le motif de cette nullité était le même dans les deux cas, on n'eût pas admis une différence si notoire dans les résultats ; il faut donc, de ce que cette différence existe, conclure qu'ainsi que nous le disent les orateurs du gouvernement, l'invalidité de l'engagement du mineur est due, non pas tant à son incapacité qu'à une pensée de dommage résultant de cet engagement.

119. — Cela est d'autant plus juste qu'il y a lésion pour le mineur là où il n'en saurait exister aucune pour le majeur. L'usage même que le mineur est dans le cas de faire des sommes qu'il reçoit en minorité est de nature à constituer une lésion. C'est ainsi que l'article 1512 du Code civil dispose que lorsque les incapables sont admis à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

Le législateur suppose donc que le mineur a pu recevoir, sans avantage aucun, l'équivalent de l'engagement qu'il a souscrit ; qu'il a pu le dissiper follement et sans fruit ; que par conséquent cet engagement n'a d'autre résultat que d'empirer sa position en l'obligeant de restituer ce qu'il a consommé sans profit réel. Le majeur qui détermine un pareil état de choses commet quelquefois plus qu'un dol. C'est ce qu'enseigne l'article 406 du Code pénal, en prononçant une peine corporelle contre celui qui abuse sciemment de la faiblesse, des besoins ou des passions du mineur.

120. — Ainsi, aux yeux du législateur, les obligations du mineur ont ce double caractère. En ce qui le concerne personnellement, elles sont censées un acte de dissipation ; à l'égard du majeur qui les a acceptées, un acte de spéculation. Bigot de Préameneu nous le disait lui-même : On ne traite pas avec un mineur lorsqu'on n'a pas avantage à le faire, les chances de pertes que l'on peut entrevoir sont nécessairement compensées par le bénéfice stipulé. C'est cette considération d'abandon d'une part, d'indélicatesse de l'autre, qui justifie la présomption de dol, sous le coup de laquelle ces obligations sont placées.

Cette présomption existe : pour les mineurs non émancipés, pour tous les actes auxquels ils se sont livrés ; pour les mineurs émancipés, seulement pour tous les actes qui sont faits en dehors de la capacité que la loi leur reconnaît. Elle est simplement *juris* pour les actes d'administration, mais elle devient *juris et de jure* pour ceux que la loi a environnés de formes habilitantes. La nullité qui résulte de la violation de ces formes n'a pas d'autres motifs que le danger que cette violation fait courir au mineur et le préjudice qu'il est présumé en avoir éprouvé.

121. — C'est ainsi que vient de le juger la cour de cassation, dans une espèce où un mineur avait passé, avec une compagnie de remplacements militaires, un contrat par lequel

celle-ci s'obligeait à le garantir contre les chances du tirage, moyennant une somme de 650 francs, payable un mois après la décision du conseil de révision qui déclarerait, pour une cause quelconque, le sieur Ravel (le mineur) libéré du service militaire. Ravel obtint un bon numéro, et le 15 septembre 1839, intervint la décision qui prononçait sa libération.

Poursuivi en payement de la somme promise, Ravel soutint la nullité de son engagement comme ayant été souscrit en minorité; on répondait qu'en droit le mineur n'était restituable qu'en cas de lésion; qu'en fait, il n'en existait aucune; que la valeur de l'engagement, se trouvant parfaitement en rapport avec la position de l'obligé, devait être maintenue nonobstant l'état de minorité de ce dernier.

Ravel, condamné par le tribunal de Saint-Dié, se pourvut en cassation. Son pourvoi, admis par la chambre des requêtes, fut rejeté par la chambre civile, après une solennelle discussion et un mûr délibéré dans la chambre du conseil; voici l'arrêt intervenu et qui, comme décision doctrinale, a une grande importance :

« Attendu que si le mineur a été mis, par l'article 1124 du Code civil, au rang des personnes déclarées incapables de contracter, l'article 1125 porte qu'il ne peut attaquer, pour cause d'incapacité, ses engagements que dans les cas prévus par la loi;

« Attendu que l'article 1305, placé au titre *de l'Action en nullité ou en rescision des conventions*, déclare que la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions;

« Attendu que les dispositions de cet article sont applicables aux actes souscrits par le mineur non émancipé, sans l'intervention de son tuteur, et à l'égard desquels des formes spéciales n'ont pas été déterminées par la loi;

« Attendu, en effet, que cela résulte, indépendamment du sens naturel et clair que présentent les expressions dans lesquelles cette première partie de l'article est conçue, soit de son rapprochement avec la seconde qui, accordant la même faveur au mineur émancipé contre toutes les conventions qui excèdent sa capacité, n'est évidemment relative qu'au cas où ce dernier aurait traité contrairement aux prescriptions de la loi, sans être assisté de son curateur; soit de la combinaison de cette première partie avec les articles qui suivent, notamment avec l'article 1307, qui veut que la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fasse point obstacle à sa restitution, ce qui ne peut s'entendre que d'une déclaration de majorité, faite en l'absence du tuteur;

« Attendu que l'ensemble de la législation, sur la capacité du mineur non émancipé, n'est point en opposition avec cette interprétation de l'article 1305 du Code civil; que tout ce que la loi a voulu dans les dispositions où elle s'occupe des intérêts du mineur, c'est non pas qu'il ne pût jamais contracter seul, mais qu'il ne fût pas lésé en contractant;

« Attendu que s'il en était autrement, si la qualité de mineur suffisait pour faire annuler, sans distinction, toutes les conventions dans lesquelles le tuteur ne serait pas intervenu, les dispositions par lesquelles la loi a cherché à le protéger lui deviendraient préjudiciables, en interdisant aux tiers la faculté de passer avec lui les traités mêmes dont il pourrait tirer le plus d'avantages; qu'en lui conservant, dans tous les cas, le droit de se faire restituer pour la simple lésion, dont l'appréciation est abandonnée à la sagesse des tribunaux, la loi a suffisamment pourvu à son intérêt [1]. »

122. — Cet arrêt condamne le système soutenu par Toullier et Troplong, à savoir : que l'article 1124 est applicable aux engagements souscrits par le mineur seul, et qui sont dès lors rescindables indépendamment de toute lésion; et que l'article 1305 régit les engagements souscrits par le mineur assisté de son tuteur. Ce système, combattu par Duranton, n'a pas été admis par la cour de cassation; nous osons dire qu'il ne devait pas l'être, celui de Duranton, consacré par l'arrêt qui précède, est beaucoup plus conforme non-seulement au texte, mais encore à l'esprit de la loi et à l'intérêt véritable du mineur.

123. — Dans celui-ci en effet, comme le remarque Dalloz, la tutelle n'apparaît plus que comme une institution qui prête au mineur un généreux secours, et fournit aux tiers un moyen de contracter avec plus de sécurité. Sans doute, le tuteur représente le mineur dans les actes de la vie civile, et administre la personne et les biens de ce dernier, voilà la règle; mais l'exception est aussi admise. Si le mineur trouve l'occasion de faire des contrats utiles, la confiance et la bonne foi de ceux qui auront traité avec lui, dans certaines limites, ne doit pas être trompée. Le contrôle de la justice sanctionnera le contrat, si, dans son appréciation souveraine, elle reconnaît que la convention présente le caractère d'une convention

[1] 18 juin 1844, D. P., 44, 1; 225.

sage, loyale et surtout non onéreuse au mineur. Cette doctrine, ajoute Dalloz, relève le mineur et n'altère pas les principes de la tutelle; les droits du tuteur restent intacts, son initiative est toujours respectée. Seulement dans les cas particuliers où le mineur aura personnellement traité, le contrat sera valable, sauf, s'il y a lieu, l'épreuve de l'action en rescision [1].

124. — Des principes qui précèdent il résulte que les actes faits par le mineur assisté de son tuteur, et qui rentrent dans la catégorie de ceux prévus par l'article 450 du Code civil, sont réguliers en la forme, valables au fond. En conséquence, ils échappent à la présomption de dol. Le mineur ne peut en être relevé vis-à-vis des tiers, que dans les cas et aux conditions tracés pour les majeurs.

125. — Le mineur peut-il être relevé de son dol? L'affirmative ne saurait être admise. Le mineur a une véritable capacité, quant aux conséquences des délits et quasi-délits dont il se rend coupable; or, le dol, tel qu'il est déterminé par la loi, rentre évidemment dans la catégorie de ces derniers, il oblige par conséquent le mineur.

Toutefois, il ne suffirait pas d'un mensonge plus ou moins adroit, d'une réticence plus ou moins insidieuse, pour constituer le mineur en état de dol. En principe, la déclaration de la majorité ne fait point obstacle à ce que le mineur, de qui elle émane, soit restitué [2]. Il n'y aurait donc aucun dol véritable, si, à cette déclaration, le mineur n'avait pas ajouté des manœuvres, des artifices de nature à en persuader la certitude.

Le caractère, l'appréciation des circonstances qui peuvent constituer ces manœuvres, sont laissés à l'arbitrage souverain du juge. C'est ainsi qu'il a été jugé que le mineur qui, conjointement avec ses frères majeurs, a produit dans un ordre, en se qualifiant de majeur, et qui, après avoir été isolément colloqué, a touché le montant de son bordereau, ne peut, après la majorité, se faire payer une seconde fois par l'acquéreur, sous prétexte qu'il était incapable de recevoir lors du premier payement [3].

126. — Au reste, le dol du mineur contre le majeur n'est jamais présumé, c'est donc à celui qui en exciperait, pour faire maintenir l'acte attaqué par le premier, qu'incomberait la preuve de son existence.

127. — Le mineur autorisé, conformément à la loi, à se livrer à l'exercice du commerce, est réputé majeur pour tous les actes ressortissant de cette profession. Il ne saurait en conséquence être relevé de ses engagements que comme le majeur pourrait l'être lui-même.

Mais le mineur ne saurait trouver dans cet exercice un moyen d'éluder la loi, qui pourrait être exploité contre lui. Aussi est-il de doctrine certaine : 1° que cet exercice est restreint aux actes qui concernent son négoce, qu'il ne peut s'étendre à d'autres qui y seraient étrangers, et par lesquels le mineur s'engagerait pour autrui [4].

2° Que la cause commerciale ne se présume pas dans les engagements du mineur commerçant, comme dans ceux du majeur [5].

Pour tous les actes qui ne rentreraient pas dans l'exercice de son commerce, ou qui seraient reconnus en excéder les limites, le mineur se trouverait placé sous l'empire des principes que nous venons de développer.

128. — L'interdit est assimilé aux mineurs, soumis aux mêmes règles, participant aux mêmes avantages; ce que nous avons dit de celui-ci, relativement à la présomption de dol, s'applique donc, par une parité de raisons incontestable, aux actes faits par l'interdit.

129. — Cependant il faut remarquer qu'il y a entre eux cette différence essentielle, à savoir : que le mineur est dans certains cas susceptible de donner un consentement éclairé et obligatoire, tandis que l'interdit, légalement convaincu d'être dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, en est réputé à tout jamais incapable.

De là la disposition de l'article 502, qui considère comme nuls de droit tous les actes passés postérieurement au jugement prononçant l'interdiction.

130. — Aux termes de l'article 1125 du Code civil, cette nullité, quoique de droit, est purement relative. Les nullités, on le sait, sont des remèdes, *remedium juris*, que le législateur donne à celui à qui la convention peut causer un préjudice. Il s'ensuit que lui seul peut réclamer le bénéfice. La prohibition contre les actes passés depuis l'interdiction étant toute en faveur de l'interdit, personne autre que lui ne pourrait s'en prévaloir, même les parties capables qui auraient contracté avec lui. En effet, en

[1] *Vid.* Toullier, t. VI, nos 103 et suiv.; Troplong, *de la Vente*, nos 166 et suiv., *Hypoth.*, nos 448 et suiv.; Duranton, t. X, nos 278 et suiv.

[2] Article 1307 du Code civil.

[3] *Journal du Palais*, Colmar, 22 avril 1836.

[4] Jousse, sur l'article 8 de l'ordonnance de 1693; Pardessus, no 61.

[5] *Id.*, no 62.

traitant avec un interdit, on s'expose à une chance aléatoire, dont la réalisation dépend de sa volonté, dont l'événement a été prévu ou a dû l'être au moment du contrat.

Vainement se plaindrait-on d'avoir ignoré l'interdiction, cette circonstance n'aurait aucune influence, aucune portée, car on ne saurait être relevé de sa faute. Or, chacun devant s'assurer de la condition de celui avec qui il traite, celui qui n'a pas pris les renseignements suffisants, qui ne s'est pas livré à toutes les investigations qui devaient l'éclairer, a commis une imprudence dont il ne saurait être admis à récuser les conséquences.

Ainsi, la présomption de dol vicie dans leur substance les actes postérieurs à l'interdiction. Il suffit donc, pour en déterminer la nullité, de prouver cette postériorité ; cette preuve faite, la présomption est *juris et de jure*, c'est-à-dire qu'on ne saurait être admis à prétendre ou à justifier que l'acte a été fait dans un instant lucide, ni à demander qu'il soit maintenu sous prétexte qu'il n'a occasionné aucun préjudice.

131. — Le jugement qui prononce l'interdiction place donc celui qui en a été l'objet sous la présomption d'insanité d'esprit et le fait considérer comme incapable de donner un consentement réfléchi et libre. Mais tant que ce jugement n'a été ni provoqué ni rendu, c'est la présomption contraire qui est légalement acquise. En conséquence, les actes faits dans cette période sont réputés valables.

132. — Mais cette présomption de validité fait place à celle de dol : 1° si les causes qui ont motivé l'interdiction existaient réellement au moment de l'acte; 2° si elles existaient notoirement. La preuve de cette existence, de sa notoriété, est à la charge de celui qui attaque l'acte. Si elle est produite, l'acte pourra être annulé, c'est-à-dire que le défendeur pourra justifier que l'acte a été fait dans un intervalle lucide; qu'il ne renferme et ne peut renfermer aucun préjudice pour le demandeur. En d'autres termes, la présomption de dol qui naît de l'existence et de la notoriété de la démence, de l'imbécillité ou de la fureur, est une présomption *juris*, admettant la preuve contraire.

133.— La femme mariée ne peut contracter sans l'autorisation de son mari. Les engagements qu'elle prendrait au mépris de cette prescription sont, pour ce qui la concerne, frappés de nullité.

Le principe de cette nullité est le même que celui qui fait annuler les actes des mineurs, accomplis en dehors des formes habilitantes dont la loi les a entourés. En conséquence, les effets en sont les mêmes, la nullité résulte *ipso facto* et sans qu'il soit besoin d'examiner s'il y a ou non préjudice. Ce point, aussi certain en doctrine qu'en jurisprudence, nous conduit à cette conséquence : que les actes faits par la femme, hors la présence et sans l'autorisation de son mari, sont présumés frauduleux ; que cette présomption est *juris et de jure*.

134. — L'article 472 du Code civil nous fournit un remarquable exemple de dol présumé, en prononçant la nullité de tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité.

135. — Cette disposition a, avec juste raison, prévu un des plus graves dangers que pût courir le mineur devenu majeur. La crainte, la reconnaissance, l'affection, l'impatience de disposer en liberté d'une fortune qu'il a à peine entrevue jusque-là, pouvait le livrer sans défense aux ruses d'un tuteur habile, dont l'ascendant aurait facilement obtenu de son ignorance une décharge complète de sa gestion, avant même qu'il eût été mis dans le cas de l'apprécier.

Il fallait donc faire un devoir au tuteur, comptable de la gestion, d'exposer fidèlement au mineur toutes les circonstances dont la connaissance devait le fixer sur sa position, sur la nature de ses ressources, sur le mode d'administration suivi jusqu'à ce jour; de là, l'obligation de rendre compte.

Mais vainement cette obligation eût-elle été inscrite dans la loi, si le défaut de sanction pénale eût laissé sa transgression impunie. C'est surtout pour les tuteurs de mauvaise foi que la loi a pris les précautions qu'elle ordonne; et l'on comprend que plus le tuteur aurait prévariqué, plus il chercherait à déguiser sa conduite, à tromper l'oyant compte, à l'effet d'en obtenir sa libération.

Ces considérations ont dicté la disposition de l'article 472, qui complète et garantit l'exécution des obligations faites au tuteur par les articles 469 et suivants. Ainsi, le tuteur est obligé de rendre compte de sa gestion, de déposer ce compte et les pièces justificatives entre les mains du mineur devenu majeur; ce n'est que dix jours après cette remise qu'un traité peut intervenir, et que le tuteur peut obtenir décharge. Tout traité, fait sans avoir été précédé de la remise des pièces ou avant l'expiration du délai

de dix jours, est présumé dolosif, et, comme tel, annulé.

136. — Les obligations imposées au tuteur doivent être prises au sérieux. La bonne foi, qui doit présider à toute transaction, doit être plus sévèrement exigée dans un acte, où l'une des parties peut porter l'influence jusqu'à déguiser l'état réel des choses, et priver ainsi l'autre partie de la connaissance précise de ce qui fait la matière du contrat. En conséquence, le compte du tuteur ne doit pas être rédigé en termes généraux, ni s'arrêter aux résultats; c'est un détail, autant que faire se peut, et articles par articles, que le mineur doit y rencontrer. Les pièces probantes sont celles qui établissent les revenus et justifient de la dépense, pour les chefs du moins où cette dépense a pu laisser des traces écrites.

137. — Le compte et les pièces remis au mineur devenu majeur, celui-ci examine et vérifie. La remise est donc véritablement capitale, car ce n'est qu'après qu'elle a été réalisée que les investigations sont possibles; et ce n'est que par ces investigations elles-mêmes que l'oyant compte pourra donner un consentement valable; on comprend dès lors que le législateur en ait exigé une preuve certaine et positive.

Or, il résulte de l'article 472 que cette preuve doit être littérale; elle s'induit du récépissé délivré par l'oyant compte. Nous croyons que ces termes sont restrictifs; que l'absence de ce récépissé ne saurait être remplacée par tout autre genre de preuve, et notamment par la preuve testimoniale [1].

138. — La présomption de dol, qui naît de la violation de ces formalités, est une présomption *juris et de jure*, si le compte n'a pas été rendu, s'il n'a pas été accompagné de la remise des pièces. Or, si cette remise ayant été faite, elle n'est pas constatée par un récépissé, le traité intervenu entre l'ancien mineur et son tuteur est frappé d'une nullité substantielle; il en serait de même de celui intervenu moins de dix jours de la date du récépissé.

139. — Ce récépissé peut être fait par acte séparé ou être mis au bas du compte lui-même. On ne saurait, dans le silence de la loi, créer une nullité contre la forme de l'acte; cette forme, n'étant nullement réglée par la loi, doit être laissée à la volonté des parties. Mais il en est autrement de la date, elle doit être certaine pour prévenir tout moyen d'éluder la loi. Le récépissé sous seing privé doit donc être enregistré, le délai de dix jours court du moment de l'enregistrement.

140. — Les termes de l'article 472 ont donné naissance à une grave difficulté : tout traité, porte cet article, sera annulé. Faut-il entendre par là les traités qui interviendraient sur la gestion, ou bien ranger dans une égale catégorie même les traités étrangers à cette gestion.

141. — Cette dernière opinion a trouvé des partisans dans les sommités de la doctrine; elle est notamment enseignée par Merlin, qui combat l'opinion contraire, comme tendant à établir une exception repoussée par la généralité des termes de l'article 472. La loi, dit-il, ne fait aucune exception; elle annule tout traité non précédé d'un compte de tutelle; or, qui dit tout, n'excepte rien [2].

142. — Cette interprétation, fondée sur la lettre du texte, en fait-elle une juste, une exacte appréciation? Nous ne saurions l'admettre. Il nous semble que, par la place qu'elle occupe dans la loi, cette disposition est nécessairement limitée à ce qui concerne la gestion du tuteur, et que, l'expliquer comme le fait Merlin, c'est lui donner une extension que le texte ne comporte pas, que son esprit repousse d'une manière invincible.

La protection dont la loi entoure le mineur n'est que la conséquence des dangers auxquels son inexpérience et la faiblesse de son âge l'exposent : *Cum intra omnes constet, fragile esse et infirmum hujus modi ætatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium eis prætor pollicitus* [3].

Le mineur devenu majeur n'est plus censé avoir besoin de cette protection spéciale, il n'a plus aucun droit à la réclamer. Il est, par rapport à tous, en état de défendre ses intérêts, de prendre toutes les mesures que sa position nécessite, et cela est vrai même à l'égard de son ancien tuteur, sauf sur un seul point, celui relatif à la gestion que ce tuteur a eue de ses biens.

Cette exception résulte naturellement de l'état antérieur des choses, elle était commandée par cet état même. Des deux parties en présence, l'une, l'ancien mineur, est dans une ignorance absolue sur le chiffre de sa fortune, sur l'étendue de ses ressources, sur la manière dont elles ont été administrées; l'autre, l'ancien tuteur,

[1] *Journal du Palais*, Toulouse, 6 février 1835; Aix, 10 août 1809; D. A., t. XII, p. 764.

[2] *Questions de droit*, § 3, n° 1.

[3] L. 1, Dig., *de Minoribus*.

connaît parfaitement toutes choses. Autoriser en cet état d'inégalité un traité entre elles, c'était permettre au tuteur d'abuser de l'ignorance légitime dans son origine, mais que son intérêt le déterminerait à prolonger. On pouvait donc prévoir que, dans une pareille transaction, tout l'avantage resterait au tuteur qui, selon l'observation de Louet, loin de rendre compte, *mettrait sa partie en ténèbres et en lieu où lui seul verrait clair*.

C'est ce que la loi suppose du tuteur qui n'a pas rendu compte. La nullité du traité intervenu avant la reddition est donc la conséquence plutôt de la conduite frauduleuse du tuteur que de l'incapacité de l'ancien mineur. Cette prescription ne fait pour celui-ci que ce que les principes généraux font pour tous les majeurs, elle a pour but unique de donner à son consentement ce degré de réflexion et de liberté sans lequel il n'y a pas de consentement valable.

Il est un autre motif qui étaye la prohibition de l'article 472. L'équité exige que chacune des parties ait une connaissance exacte de ce qui fait la matière de la convention, sa perfectibilité est à ce prix. Or, cette connaissance, le mineur devenu majeur ne l'acquiert que par la reddition des comptes, il ne l'a donc pas tant que cette reddition n'a pas été réalisée. Il est conséquemment privé d'un des éléments essentiels au contrat. Il en est privé par la faute du tuteur qui viole les devoirs que la loi lui impose. On comprend dès lors que la loi ait refusé sa sanction à un acte qu'elle ne pouvait consacrer qu'en autorisant le tuteur à exploiter sa position, et à profiter de sa faute et même de son dol.

Ces considérations sont justes et décisives, lorsqu'il s'agit d'un traité relatif aux comptes de la gestion. Sa nullité n'en est qu'une conséquence rationnelle et légitime; mais peuvent-elles s'appliquer au traité fait sur tout autre objet et abstraction faite de la position respective des parties relativement à la gestion tutélaire?

Par exemple, le mineur devenu majeur est appelé à recueillir une succession qui s'est ouverte depuis sa majorité. Son ancien tuteur se trouve créancier ou débiteur de cette succession, il paye ce qu'il devait, ou retire ce qui lui était dû. Il traite avec l'ancien mineur d'un objet mobilier ou immobilier appartenant à cette succession, il transige sur un procès qu'il avait avec celui qui l'a délaissée. Faudra-t-il annuler tous ces actes, parce que le compte de sa gestion n'aura pas encore été rendu? Mais quelle influence pouvait exercer à leur endroit la reddition des comptes? Le mineur pouvait-il recevoir de cette formalité des notions plus complètes, plus étendues que celles qu'il possédait au moment du contrat? Évidemment non. Conséquemment annuler des actes de cette nature, et sous un pareil prétexte, ce serait agir d'une manière injuste, illogique, et anéantir sans nécessité des conventions parfaitement légitimes.

Il est donc impossible d'admettre que l'article 472 du Code civil ait voulu parler d'autres traités que de ceux faits sur la gestion du tuteur. Ce qui le prouve, c'est la place que cet article occupe dans le Code, sous la section intitulée, *des Comptes de tutelle*, précédé et suivi d'autres dispositions se rapportant exclusivement au mode de reddition, d'apurement et de règlement de ces mêmes comptes.

Ce qui le prouve encore, c'est que l'article 907 prohibe au mineur devenu majeur de disposer en faveur de son tuteur, non-seulement par testament, ce qui pourrait ne pas paraître un traité, mais encore par donations entre-vifs, tant que les comptes de tutelle n'ont pas été régulièrement rendus. Si les termes de l'article 472 n'exceptent rien, pourquoi a-t-on cru nécessaire de prohiber spécialement les donations? Pouvait-on croire que quelqu'un serait jamais tenté de contester l'application aux actes à titre gratuit, des principes régissant les actes à titre onéreux?

Ce qui le prouve enfin, c'est la disposition de l'article 2045 du Code civil qui permet au mineur devenu majeur de transiger sur toutes les matières, excepté sur la gestion du tuteur, avant la reddition des comptes de celui-ci. Comment expliquerait-on la faculté de transiger là où l'article 472 proscrirait un simple traité? La transaction n'est-elle pas un traité important? On sait qu'elle comporte, de la part des parties, des sacrifices mutuels. Elle est donc, sous ce rapport, bien plus dangereuse pour l'ancien mineur qu'un traité ordinaire. En conséquence, quel aurait pu être le motif qui aurait déterminé le législateur à prohiber celui-ci et à autoriser l'autre?

Le motif, dit Merlin, c'est qu'en général, et aux termes de l'article 2052, les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée; et que, par conséquent, il en doit être d'une transaction passée entre le mineur devenu majeur et son tuteur, comme d'un jugement qui aurait été rendu entre eux.

Mais cette réponse laisse subsister l'objection qui a d'autant plus de force que la nature de l'acte est plus exceptionnelle. Après, comme

avant cette réponse, on se demande comment un traité qui n'acquiert jamais l'autorité de la chose jugée, qui est rescindable pour cause de lésion, soit interdit au mineur et qu'on lui permette de consentir une transaction qui est à l'abri de ces attaques? Quelle garantie avait-on de plus pour celle-ci? N'est-il pas évident au contraire que si l'absence de reddition des comptes de tutelle doit influer sur un acte quelconque, c'est surtout sur une transaction? Celle-ci suppose un droit litigieux, contestable. Les titres qui établissent celui du mineur seront le plus souvent entre les mains du tuteur, et c'est par celui-ci que le premier apprendra leur caractère et leur portée. En vérité, permettre en cet état au mineur de transiger, modifier la prohibition prétendue générale de l'article 472, c'est diminuer les garanties données au mineur devenu majeur, au moment même où il en a le plus pressant besoin.

Nous ne saurions donc admettre la distinction que fait Merlin, pas plus que l'assimilation de la transaction au jugement. Les magistrats qui rendent le jugement sont chargés d'exécuter la loi, de la faire respecter, alors même que les parties seraient d'accord pour l'éluder; à cette première garantie s'en réunit une autre, la présence du ministère public, dont la sollicitude éveillée par la qualité des parties saura bien faire valoir les droits de chacun, défendre le mineur devenu majeur contre son ignorance ou sa faiblesse. La transaction présente-t-elle quelque chose d'analogue? Qui protégera le mineur contre les suggestions intéressées de son ancien tuteur? Il n'y a donc réellement aucune assimilation possible entre ces deux actes.

Mais, ajoute Merlin, pourquoi, si l'article 472 ne signifie pas plus que l'article 2045, n'a-t-on pas mis dans le premier les mots *sur les comptes de tutelle,* qu'on a insérés dans le dernier?

Nous avons déjà dit que cette indication résulte, pour l'article 472, de la place qu'il occupe dans le Code, des dispositions qui le précèdent et le suivent. Cela suffirait pour lui donner un caractère de spécialité incontestable. Il est même certain qu'alors même que l'article 2045 n'aurait pas existé, la transaction sur les comptes de tutelle se serait trouvée atteinte par cette spécialité et proscrite par l'article 472. Mais le législateur a pu craindre qu'on ne voulût abuser de la nature et du caractère de la transaction, pour soutenir qu'elle ne pouvait être comprise dans les traités dont cet article s'occupe. Dès lors, il a cru devoir s'en expliquer formellement pour bannir toute équivoque. Cette résolution prise, s'exécutant sous le titre spécial de la transaction, il fallait nettement s'expliquer. Là, en effet, rien ne spécialisait plus la disposition, ni la rubrique de la section, ni les dispositions antécédentes et subséquentes, de telle sorte que se borner à prohiber la transaction entre le tuteur et le mineur devenu majeur, c'était la proscrire d'une manière absolue et générale. C'est donc pour préciser sa pensée qu'on a nominalement restreint cette prohibition à la transaction intervenue sur les comptes de tutelle, ce qui était revenir à la règle tracée par l'article 472.

Voilà l'explication de la différence de rédaction signalée entre les articles 472 et 2045; elle est naturelle et simple, elle n'a rien d'extraordinaire ni de choquant, tandis qu'avec le système de Merlin, il faut admettre que la loi a interdit *le moins* et autorisé *le plus,* ce qui est invraisemblable, et conséquemment inadmissible.

Faut-il maintenant rendre raison de ces termes de l'article 472, *tout traité?* N'est-il pas désormais certain que l'intention du législateur n'a été d'atteindre que ceux intervenus sur la gestion du tuteur; et, dans ce sens, la locution qu'il a employée n'est pas même vicieuse. S'il n'y a qu'une manière d'apurer un compte, il y en a cent pour arriver à ce résultat. Le tuteur pouvait avoir la pensée de fractionner le compte de sa gestion, d'en débattre séparément les diverses parties, d'obtenir une décharge pour chacune d'elles, et d'opposer ces décharges partielles déjà obtenues aux difficultés qu'un autre examen ferait naître. Voilà réellement ce que proscrit l'article 472, voilà ce qu'il a eu en vue, lorsqu'il a annulé *tout traité* intervenu avant la reddition des comptes. Tout ce qui en résulte est donc cette proposition qui ressort de l'esprit de sa disposition; que ce n'est qu'après avoir été édifié sur l'ensemble des opérations du tuteur, que le mineur devenu majeur peut traiter avec celui-ci, lui donner décharge totale ou partielle; et que tout ce qui aurait été fait à cet égard, avant l'examen de cet ensemble, devrait être annulé.

Pour nous résumer sur ce point, nous dirons que l'article 472 n'atteint que les traités exclusivement intervenus sur la gestion tutélaire, quel qu'en soit le mode et sous quelque forme qu'on les ait déguisés. Ceux-là donc qui sont étrangers à cette gestion, sur lesquels par conséquent la reddition du compte serait sans influence, sont valablement contractés; on ne

pourrait conséquemment les annuler que dans les cas et qu'aux conditions qui rendent ceux souscrits par les majeurs ordinaires rescindables ou annulables [1].

143. — Il résulte de ce qui précède que l'ancien mineur, qui attaquera un traité intervenu entre son tuteur et lui, n'aura à justifier que de ces deux circonstances, à savoir : 1° que ce traité a pour objet direct ou indirect la gestion du tuteur ; 2° qu'il a été fait contrairement aux dispositions de l'article 472, soit qu'il n'y ait pas eu reddition de compte, remise de pièces ; soit qu'il ne se fût pas écoulé un délai de dix jours de cette remise à la date du traité. Cette preuve faite imprime au traité une présomption de fraude susceptible d'en entraîner l'annulation.

144. — Quelle est la nature de cette présomption? Admet-elle la preuve contraire? Le tuteur pourra-t-il établir que l'ancien mineur n'a éprouvé aucun préjudice, et faire dès lors maintenir le traité?

L'affirmative a été jugée par la cour de Toulouse, le 27 novembre 1841 [2]. Son arrêt décide : Que quoique, en principe, le traité intervenu contrairement à l'article 472 du Code civil soit rigoureusement nul, cependant il peut être maintenu, si les parties ont traité de bonne foi, et s'il n'a été causé aucun préjudice au mineur.

145. — Cette décision nous paraît s'écarter des véritables principes. Faisons d'abord remarquer la singularité de sa conclusion. La cour reconnaît que le traité dépourvu des formalités prescrites par l'article 472 est rigoureusement nul; et ces prémisses posées, elle arrive à cette conséquence qu'il faut maintenir le traité; cela ne paraît guère logique.

Vainement fait-on, pour arriver à ce résultat, appel à la bonne foi des parties au moment du traité. La loi ne s'est pas le moins du monde préoccupée de cette circonstance, elle ne permet donc pas de la prendre en considération. En effet, l'article 472 ne dit pas que le traité fait au mépris de sa disposition *pourra* être annulé. Une locution de ce genre eût appelé l'appréciation, l'examen, et laissé le magistrat maître de maintenir ou d'invalider. L'exclusion de ce pouvoir résulte des termes de l'article : Tout traité *sera* nul, ce qui implique, de la part du législateur, la volonté impérative d'anéantir l'acte fait contrairement à ce qu'il a prescrit. En conséquence, maintenir ce même acte, c'est se mettre en contradiction avec cette même volonté; le maintenir sous prétexte de la bonne foi des parties, c'est méconnaître l'esprit qui l'a dictée, qui n'est pas autre chose qu'une présomption de mauvaise foi, par cela seul qu'on n'a pas exécuté à la lettre les prescriptions de l'article 472. Nous avons déjà dit que cette présomption n'admettait pas la preuve contraire.

La cour de Toulouse ajoute que le mineur devenu majeur n'a éprouvé aucun préjudice dans l'espèce. Cette considération n'est pas plus puissante que celle de la bonne foi. En effet, l'article 472 ne demande pas s'il y a ou non préjudice dans sa violation, c'est cette violation elle-même qui détermine la nullité de l'acte qui la renferme. Ajoutons qu'en se décidant par ce motif, la cour a méconnu les dispositions qui règlent le mode de reddition des comptes de tutelle. En effet, pour arriver à constater l'absence de tout préjudice, elle a été dans la nécessité de procéder à l'examen et à l'apurement de la gestion du tuteur. Or ces formalités, dont la loi a prescrit la forme spéciale, échappaient à ses attributions.

146. — C'est ainsi que l'avait pensé la cour d'Aix, dans un arrêt du 10 août 1809. Cet arrêt, rendu en audience solennelle, consacre l'opinion diamétralement opposée à celle adoptée par la cour de Toulouse; ses motifs nous paraissant renfermer une saine appréciation de la matière, nous croyons devoir les transcrire :

« Considérant que l'article 472 du Code civil frappe de nullité tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, daté de dix jours avant le traité; que ces formalités ont été ordonnées pour garantir le mineur devenu majeur de toute surprise, parce que la loi suppose, comme le fait observer Pothier, que l'autorité morale du tuteur durant encore, il aura pu en abuser, ou que le pupille peu expérimenté, et brûlant du désir de jouir enfin de ses droits, se sera décidé trop facilement à des sacrifices immodérés.

« Considérant que le tempérament proposé par le tuteur, de subordonner la demande en nullité du traité au jugement du compte que

[1] *Vid.*, en ce sens, Chardon, t. I, p. 115, n° 72; Domat, *Lois civiles*, livre II, t. Ier, sect. v, n° 4; Nîmes, 18 mars 1816; Cass., 14 octobre 1818; et Paris, 5 janvier 1820; voy. aussi Dalloz jeune, *Dict. de Jurisprudence*, v° *Tutelle*, n° 581; et Sirey, t. X, p. 380; Cass., 10 avril 1849; D. 49, 1, 105.

[2] *Journal du Palais*, t. I, 1842, p. 448.

ce traité renferme, tendrait à faire dépendre des débats que ce compte entraînerait la validité d'un acte frappé de nullité par la loi, et à donner effet à un contrat que la présomption légale présente comme le fruit du dol et de la fraude [1]. »

Ainsi, la cour d'Aix ne croit pas non-seulement pouvoir examiner elle-même la régularité du compte, et conséquemment s'il y a ou non préjudice, mais même surseoir à prononcer sur la nullité jusqu'après la reddition régulière offerte par le tuteur. Ce mode de procéder est seul véritablement juridique, puisque, en effet, un traité n'est régulier que s'il a été précédé de la reddition de compte et de la remise des pièces depuis au moins dix jours. Quelle influence peut avoir sur un traité antérieur une reddition faite postérieurement, soit en justice, soit par la voie amiable ?

En annulant donc le traité attaqué, la cour d'Aix a mieux compris et plus sainement appliqué la loi que la cour d'appel de Toulouse.

147. — On peut donc résoudre les questions que nous nous étions posées, en ce sens : que l'omission des formalités voulues par l'article 472 du Code civil entraîne inévitablement la nullité du traité; qu'il naît de cette omission une présomption de dol, laquelle a la force des présomptions *juris et de jure;* qu'en conséquence, il n'est pas facultatif au juge d'admettre la validité du traité ou de la faire dépendre soit de la bonne foi des parties, soit de l'absence de tout préjudice.

148. — Il en serait autrement si, l'article 472 ayant été exécuté, le litige s'engageait sur la nature de cette exécution. La question de savoir si elle a été complète ou suffisante rentre alors dans l'appréciation des tribunaux et est laissée à l'arbitrage du juge.

Ainsi il a été jugé en jurisprudence et admis en doctrine qu'il appartient aux cours de décider si la remise des pièces constatée soit par un récépissé sans date certaine, soit par une clause expresse du traité, a été réellement faite en temps utile;

Si le mode de reddition de compte est tel que le prescrit la loi; s'il est suffisamment détaillé pour que le mineur devenu majeur ait pu le discuter d'une manière utile;

Si les pièces dont la remise est constatée étaient ou non suffisantes pour appuyer valablement le compte et éclairer l'oyant compte sur la nature de ses droits [2].

149. — La présomption de dol est-elle couverte par l'exécution donnée au traité? Cette question est toute résolue si l'exécution s'est prolongée assez pour laisser la prescription s'accomplir. Le doute ne peut donc naître que si avant l'acquisition de la prescription, mais après exécution, le mineur demande la nullité du contrat.

A notre avis, la solution de cette question dépend de la réponse à faire à celle-ci : Le mineur devenu majeur peut-il ratifier expressément le traité irrégulièrement intervenu sur les comptes de tutelle?

Or, la négative ne nous paraît pas pouvoir être contestée en présence du texte des articles 472 et 2045 du Code civil. En effet, l'acte de ratification expresse constituerait ou un traité nouveau ou une transaction.

Dans le premier cas, il serait atteint par la disposition prohibitive de l'article 472, s'il n'avait pas été précédé des formalités qui y sont prescrites. Si ces formalités avaient au contraire été exécutées, le mineur devenu majeur serait lié non pas par le premier traité, mais par le second, qui, loin de n'être que la ratification de l'autre, deviendrait le seul titre que pût invoquer le tuteur.

Dans le second cas, le caractère de transaction ferait tomber l'acte sous le coup de la disposition de l'article 2045, à moins qu'il n'eût été précédé d'une reddition régulière. Et, dans cette hypothèse, le tuteur ne serait libéré que par la transaction elle-même et nullement par le traité sur lequel elle serait intervenue.

Ainsi, il n'y a pas, à proprement parler, de ratification expresse possible. Il fallait d'autant plus l'admettre ainsi, que le système contraire rendait purement illusoires les précautions prises par le législateur. Le tuteur, qui a eu assez d'ascendant pour obtenir du mineur devenu majeur un traité sur la gestion, avant d'en avoir rendu compte, trouvera dans ce même ascendant la faculté d'obtenir aussi un acte de ratification, si le succès, si le bénéfice de l'irrégularité de sa conduite lui est acquis à ce prix. D'autre part, l'ancien mineur qui, par faiblesse, par ignorance, par attachement, aura consenti le traité, n'apportera pas moins de facilité à en donner la ratification, et bientôt la nullité écrite dans la loi ne sera plus qu'une vaine menace, qu'une lettre morte.

Le traité fait en violation de l'article 472 ne peut donc être ratifié tant qu'il n'a pas été purgé

[1] Dalloz, A., t. XII, p. 764.

[2] *Journal du Palais*, cass., 8 avril 1834.

du vice qui l'infecte. Si cela est vrai, juste, légitime pour la ratification expresse, pourrait-on décider autrement pour celle résultant de l'exécution? Ce serait faire produire à la ratification présumée un effet que la ratification expresse n'est pas susceptible de produire. On comprendrait le contraire, car celle-ci ne saurait être douteuse, elle résulte d'un fait certain, elle est le produit d'une volonté clairement manifestée, tandis que la première n'est que la conséquence d'une intention présumée, d'une appréciation dont les bases peuvent être contraires à la réalité des choses.

Il est donc impossible d'admettre une ratification tacite là où il ne saurait exister une ratification expresse; on ne peut faire indirectement ce qu'il est prohibé de faire directement. Cette considération, vraie sous toutes les législations, justifie notre opinion.

Au reste, cette opinion est celle adoptée par la jurisprudence. C'est ce qu'attestent des monuments nombreux et décisifs [1].

150. — Il est vrai que les Dictionnaires et les Recueils d'arrêts indiquent, comme consacrant l'opinion contraire, un arrêt rendu par la cour de cassation le 27 avril 1836. Mais c'est là une de ces indications erronées qui se glissent quelquefois au milieu de tant d'utiles recherches. Il ne faut, en effet, que lire cet arrêt pour être convaincu qu'il n'a nullement la signification qu'on lui prête. Dans l'espèce qui s'y agitait, la cour d'appel avait reconnu que l'exécution s'était prolongée pendant plus de dix ans après la majorité. Elle avait, en conséquence, rejeté l'action de l'ancien mineur sous le double rapport de la ratification et de la prescription. Il est évident que celle-ci emportait nécessairement l'autre, et que son existence enlevait à la question des conséquences légales de l'exécution toute son importance, sous le point de vue que nous examinons.

C'est, en effet, ce que pensa la cour de cassation, qui ne s'en occupe même pas dans son arrêt. Voici en quels termes le pourvoi fut rejeté :

« Sur le deuxième moyen pris de la violation de l'article 472 du Code civil et de la fausse application de l'article 1338, attendu qu'indépendamment de la ratification résultant de l'exécution volontaire, l'arrêt attaqué a opposé le moyen de la prescription à la demande en nullité du traité intervenu entre les frères puînés Falize et leur frère aîné;

« Qu'il a reconnu que, depuis la date des traités respectifs, il s'était écoulé plus de dix années;

« Qu'à la vérité il y a eu à examiner, à l'égard de Léonard Falize jeune, si le partage opéré en 1828, avant l'expiration des dix années, à partir de son contrat de mariage, a pu empêcher le cours de la prescription, mais que ce partage, annulé comme frauduleux, ne peut être d'aucune considération dans l'instance [2]. »

Voilà tout ce que dit l'arrêt de la cour de cassation. On voit que les magistrats qui l'ont rendu se bornent à signaler l'existence du moyen tiré de la ratification, et que rencontrant celui plus péremptoire de la prescription, c'est à celui-ci qu'ils s'attachent exclusivement.

Qu'aurait fait la cour si la question de ratification lui eût été soumise indépendamment de tout autre moyen? C'est ce que son arrêt ne laisse pas même soupçonner. C'est donc à tort qu'on voudrait y puiser un argument en faveur du système que nous combattons.

151. — La présomption de dol, résultant de l'inobservation de l'article 472 du Code civil, est uniquement dans l'intérêt du mineur. En conséquence, les droits dont cette présomption est l'origine sont attachés à la personne de celui-ci; leur exercice lui est exclusivement réservé.

Il suit de là :

1° Que l'ancien tuteur qui prétendrait s'être constitué à tort reliquataire ne pourrait demander la nullité du traité irrégulièrement intervenu [3];

2° Que le traité intervenu entre le tuteur et l'héritier du mineur n'est pas soumis aux formalités prescrites par l'article 472 du Code civil [4];

3° Que l'action ouverte au mineur ne saurait être exercée par ses créanciers.

152. — Cette action passe-t-elle à l'héritier du mineur? On pourrait, pour l'affirmative, se fonder sur le droit de l'héritier à exercer toutes les actions utiles de son auteur; invoquer même l'article 907 du Code civil, qui prohibe toute libéralité du mineur au tuteur jusqu'après l'apurement du compte, et soutenir que le silence gardé par le mineur pendant sa vie et après sa majorité renfermé une donation déguisée et, conséquemment, la violation de cette disposition.

[1] *Vid.* notamment Lyon, 31 décembre 1832; Grenoble, 15 novembre 1837; *Journal du Palais*, années 1832 et 1839, t. II, p. 288.

[2] *Journal du Palais*, année 1836.

[3] Montpellier, 20 janvier 1830, D. P. 30, 2, 124.

[4] Bourges, 7 avril 1830, D. P. 30, 2, 138.

Cependant, l'arrêt de Bourges du 7 avril 1830, que nous venons d'indiquer, paraît admettre que l'action que l'article 472 donne au mineur devenu majeur lui est exclusivement personnelle, qu'elle ne passe pas à ses héritiers. Nous serions disposé à partager cette opinion et à trouver la preuve de la régularité de la reddition des comptes du tuteur dans l'exécution donnée par l'oyant au traité qui en a été le résultat. Il convient, en effet, de remarquer que, quoique non légalement exprimée, l'observation des formalités prescrites par l'article 472 peut s'être réalisée. C'est cette présomption qui doit naturellement s'induire de l'inaction du principal intéressé, du mineur qui, depuis sa majorité, a traité avec son tuteur, et qui, pendant qu'il a vécu, n'a jamais réclamé.

Ainsi, le droit conféré par l'article 472 du Code civil est purement personnel; il ne peut être exercé par aucun des représentants ou ayants-cause du mineur devenu majeur. Ce que la cour de Bourges a décidé pour les premiers, la cour de Paris l'a admis pour les seconds, en en jugeant que les créanciers ne pouvaient attaquer le traité fait par leur débiteur sans l'observation des règles tracées par ce même article 472 [1].

153. — Ces principes sont importants, surtout pour l'application de l'article 907 du Code civil, qui nous fournit de nouveaux exemples de dol présumé.

Ainsi le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur; il ne pourra, après sa majorité, disposer soit par donation entre-vifs, soit par testament au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. Dans chacune de ces hypothèses, la libéralité est présumée le produit des manœuvres du tuteur, le résultat d'une influence illégitime, d'une erreur abusivement entretenue, en un mot, d'un véritable dol.

154. — Le testament d'un mineur de plus de seize ans ne peut, on le comprend, être attaqué que par ses héritiers. Il suffit, pour le faire annuler, de prouver : d'un côté, la minorité du testateur; de l'autre, la qualité de tuteur de l'institué.

Le droit d'attaquer la donation entre-vifs, faite contrairement à l'article 907, appartient incontestablement au mineur lui-même. Le fait seul qu'elle a été consentie avant la reddition du compte tutélaire en entraîne immédiatement l'invalidité, alors même que cette reddition se fût réalisée plus tard. Mais si avant la donation le mineur devenu majeur avait fait avec son tuteur un traité de la nature de ceux proscrits par l'article 472, la nullité de la donation ne pourrait être obtenue qu'après que celle du traité aurait été prononcée. Il est certain que si ce traité, contenant décharge, n'était pas attaqué ou que s'il était maintenu, le tuteur aurait, en fait, rendu compte de sa gestion. Conséquemment, la donation, ultérieurement consentie, serait régulièrement intervenue.

155. — C'est par ces considérations que l'on doit régir le sort de l'action en nullité soit de la donation, soit du testament, intentée par les héritiers de l'auteur de la libéralité contre l'ancien tuteur. On doit donc distinguer le cas où la libéralité aura été faite avant toute reddition de compte de celui où cette reddition a été opérée, mais sans les formalités exigées par l'article 472 du Code civil.

Dans le premier cas, l'action est recevable. L'incapacité du légataire ou du donataire est absolue. Tous ceux qui ont intérêt à le faire peuvent en poursuivre le bénéfice.

Dans le second cas, au contraire, le tuteur a rendu compte, irrégulièrement sans doute, mais effectivement. Son incapacité n'est plus qu'éventuelle; elle reparaîtra si le traité qu'il a fait souscrire, en violation de l'article 472 du Code civil, succombe dans une action intentée par celui qui a qualité pour la poursuivre. Tant que cette condition ne se réalise pas, la présomption est que le compte a été régulièrement rendu. Il est jugé tel par la partie qui aurait intérêt à faire juger le contraire.

156. — Sans doute cette présomption s'efface pour faire place à celle de dol, si la nullité du traité est poursuivie. Mais nous venons de voir que cette poursuite, toujours loisible pour le mineur (sauf le cas de prescription), ne peut appartenir à ses héritiers. Conséquemment, si le mineur meurt avant de l'avoir intentée, tout est consommé; le traité est désormais inattaquable.

Permettre, en cet état, aux héritiers de faire révoquer les libéralités faites à l'ancien tuteur, serait atteindre à ce résultat vicieux que le traité sur la gestion tutélaire serait exécutoire et valable; que partant le tuteur serait censé s'être acquitté des devoirs que la loi lui impose; et que cependant, et par rapport à la libéralité, il continuerait d'être considéré comme ne les ayant pas remplies. En d'autres termes, l'inca-

[1] *Journal du Palais*, 15 décembre 1830.

pacité subsisterait lorsque la cause qui la motive aurait cessé d'exister.

157. — C'est cette conséquence illogique dont la cour d'Aix était frappée et qu'elle faisait clairement ressortir, lorsque, dans son arrêt du 2 février 1841, elle maintenait les libéralités testamentaires que les héritiers de l'ancien mineur contestaient au tuteur, par les motifs que le compte de la tutelle, quoique irrégulier, était devenu inattaquable; qu'on ne pouvait plus l'annuler; qu'en cet état il y aurait inconséquence flagrante à anéantir le testament dont l'invalidité ne pourrait être prononcée qu'autant que celle de la reddition des comptes l'aurait été [1].

158. — Vainement Dalloz, en rapportant cet arrêt, fait-il observer que la cour d'Aix se met en contradiction avec un arrêt de la cour de cassation du 14 décembre 1818, jugeant que l'article 907 n'est qu'une application de l'article 472, et par conséquent que l'inobservation du délai fixé pour la remise préalable des pièces entraînait l'incapacité du tuteur. Cette contradiction n'existe réellement pas. Il n'y a, pour en être convaincu, qu'à lire ces deux arrêts.

Celui de la cour d'Aix est intervenu sur la demande en nullité d'une disposition testamentaire faite après une reddition de compte, irrégulière il est vrai en ce que les pièces justificatives n'avaient pas été remises dix jours à l'avance, mais dont la validité n'avait jamais été contestée par l'ancien mineur, et ne l'était pas même devant la cour.

Faut-il conclure, comme le fait le sommaire de l'arrêt, qu'en maintenant le traité intervenu sur cette reddition, la cour d'Aix a jugé *que la disposition de l'article 472, qui prescrit la remise des pièces dix jours au moins avant le traité, n'est pas exigée sous peine de nullité, en sorte que le même jour, le tuteur a pu rendre compte et recevoir sa décharge de la part de l'ayant?* Mais l'arrêt, dans son esprit et dans sa lettre, répugne à cette conclusion. S'il maintient la reddition, c'est que l'action ouverte par l'article 472 était éteinte par la prescription au moment où elle aurait pu être exercée; que d'ailleurs cette action n'était pas même exercée; et qu'en cet état, quelle qu'elle fût, la reddition devait produire tous ses effets. « Attendu, dit la cour, que la demanderesse serait non recevable à revenir sur l'acte renfermant reddition du compte de tutelle pour en faire prononcer la nullité; que cette nullité d'ailleurs n'a pas été demandée; et que les juges ne pourraient prendre en considération le plus ou moins d'irrégularité dont cet acte serait entaché, sans outrepasser leurs pouvoirs. »

Est-ce là, nous le demandons, décider que la disposition de l'article 472 n'est pas prescrite à peine de nullité? Dire qu'une partie n'est pas recevable à faire valoir une nullité quelconque, est-ce déclarer que cette nullité n'existe pas?

159. — Dès lors, la cour d'Aix, ne décidant rien en doctrine, n'a pu se mettre en contradiction avec la cour de cassation, qui, dans son arrêt du 14 décembre 1818, ne juge qu'une seule chose, à savoir : que la cession qu'un enfant fait à son père, son tuteur, de tous ses droits maternels en masse, sans réserve ni exception, comprend les meubles et autres objets qui doivent entrer dans le compte de tutelle dû par le cessionnaire; qu'en conséquence cette cession est nulle, si elle n'a été précédée du compte de tutelle [2].

Or, dans cette espèce, il n'y avait eu aucune reddition de compte; c'était le mineur lui-même qui demandait la nullité. Aussi la seule difficulté qui était soulevée était celle de savoir si la cession constituait ou non un traité sur la gestion tutélaire tombant sous l'application de l'article 472 du Code civil.

Il n'y avait donc, entre cette espèce et celle jugée par la cour d'Aix, aucune similitude. Il ne pouvait y avoir, dès lors, contradiction dans la décision. L'une et l'autre aussi se concilient parfaitement. Dans tous les cas, celle rendue par la cour d'Aix fait une application tellement saine des véritables principes, que si elle eût été déférée à la cour suprême, elle en aurait reçu une éclatante sanction.

160. — Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a réellement nullité dans la seconde hypothèse de l'article 907, que lorsque la libéralité par acte entre-vifs ou par testament a été faite avant toute reddition de compte. De quelque manière que la gestion ait été apurée, si elle l'a été, on ne peut parvenir à faire invalider la libéralité qu'en demandant d'abord la nullité du traité intervenu entre le mineur devenu majeur et son tuteur. Tant que ce traité existe légalement, il y a eu en réalité reddition de compte. La condition exigée par l'article 907 s'est accomplie, et partant l'incapacité du tuteur disparaît.

Nous avons dit de plus que l'action, pour faire prononcer la nullité du traité irrégulier, est

[1] Dalloz, t. 41, 2, 98.

[2] *Journal du Palais*, année 1818.

toute personnelle au mineur, qu'elle ne passe pas même à ses héritiers. D'où la conséquence que le droit, que l'article 907 ouvre à ceux-ci, ne saurait être exercé que lorsqu'il y a absence complète de reddition du compte tutélaire. Il est vrai que la cour d'Aix ne s'est pas expliquée sur la personnalité de l'action. Mais on comprend que cette question n'ait pas été agitée dans une espèce où la prescription était acquise et aurait repoussé le mineur lui-même. Le caractère de l'action aurait sans doute été agité, si cette circonstance ne s'était pas réalisée. Nous sommes certains que ce que la prescription a fait admettre serait également résulté du défaut d'action. Car, comme la prescription elle-même, l'absence de réclamations de la part de l'oyant compte est une preuve de la régularité de la reddition, efface toute présomption de fraude et laisse le traité sortir à effet. Les comptes sont dès lors rendus et apurés, et l'incapacité édictée par l'article 907 contre l'ancien tuteur, n'ayant plus de cause, s'efface et disparaît.

Au reste, ce n'est pas seulement contre les libéralités entre mineurs et tuteurs que la loi a cru devoir se précautionner. Elle en agit de même toutes les fois qu'elle peut craindre que la disposition ne soit en définitive autre chose que le résultat d'une affection légitime, d'une volonté ferme, éclairée et libre.

161. — L'article 909 du Code civil nous en offre un remarquable exemple. Aux termes de sa disposition, les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne de la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre-vifs et testamentaires qu'elle avait faites pendant le cours de sa maladie.

162. — Le motif de cette prohibition est facile à saisir. La libéralité peut n'avoir été dictée au malade que par le désir d'être agréable à celui qui est en quelque sorte l'arbitre de sa santé et même de sa vie; que dans l'objet de l'intéresser par la reconnaissance et d'obtenir ainsi un redoublement de soins et de zèle. Elle peut aussi avoir été suggérée par le médecin lui-même, dont l'empire sur l'esprit du malade est d'autant plus fort que le danger est plus imminent, et que les promesses de rétablissement sont plus précises. Dans un cas comme dans l'autre, la disposition n'a aucune cause avouable, c'est la maladie qui en est l'occasion, c'est la qualité du donataire qui la détermine, c'est la guérison espérée qui en est en quelque sorte la condition. C'est surtout à ce dernier titre qu'elle était énergiquement proscrite par la loi romaine: *Quos etiam ea patimur accipere, quæ satis afferunt pro obsequiis, non ea quæ periclitantes pro salutem promittunt* [1].

Partant du même point de vue, la loi française a dû arriver à un résultat identique, elle a donc considéré les libéralités de ce genre comme les produits d'une violence morale qu'il eût été fâcheux d'encourager. Cette détermination est avouée par le bon sens et la justice; en effet, si la spontanéité de volonté, si l'existence d'une cause légitime est désirable dans les actes à titre onéreux, elle l'est bien plus encore dans les dispositions à titre gratuit. Ces dernières dépouillent le disposant lui-même, une famille appelée par la loi, sans équivalent aucun, au profit de tiers qui n'ont d'autres droits que l'élection même dont ils sont l'objet. Il convenait donc d'empêcher que l'élection fût, dans son principe, entachée d'un vice quelconque, et conséquemment, on devait lui refuser tous ses effets, lorsqu'elle pouvait n'être que le résultat de l'entraînement ou le produit de l'obsession.

Or, n'est-ce pas ce qui se réalise dans les libéralités dont s'occupe l'article 909, n'ayant le plus souvent d'autre cause que la maladie elle-même, faites à un donataire dont le seul titre est d'être médecin, c'est-à-dire présumé capable de déterminer par ses prescriptions ce retour à la santé si vivement désiré? Certes, la coïncidence de cette double condition était de nature à faire naître le soupçon, à armer la sévérité du législateur, à le décider enfin à adopter une mesure qui, toute préventive, a le mérite incontestable de retenir dans les bornes de la probité celui qui, appelé au chevet d'un malade, oserait vouloir abuser de son caractère et de son influence.

163. — La véritable pensée du législateur a donc été de se prémunir contre la faiblesse de l'un, contre l'abus de l'empire que l'autre doit à sa qualité. Ce qui le prouve, c'est que la présomption de dol n'est acquise que par la réunion des circonstances que nous signalions, à savoir : 1° que le malade donateur ait été traité par le médecin donataire, pendant la maladie dont il est décédé; 2° que la libéralité ait été faite pendant le cours de la maladie. Le défaut d'existence de l'une ou l'autre de ces conditions laisserait la libéralité sous l'empire des principes ordinaires. C'est ce qui a été souverainement jugé le 9 avril 1835, par la cour de cassation [2].

[1] L. 9, Cod., *de professoribus et medicis.*

[2] *Journal du Palais*, année 1835.

On ne pourrait, au reste, décider le contraire sans se mettre en contradiction avec l'esprit de la loi. La disposition prescrite par l'article 909 n'est traitée avec cette sévérité que parce qu'elle est envisagée comme un pacte sur la guérison future. Il faut donc de toute nécessité, pour que ce pacte existe, que ses divers éléments se réalisent simultanément. Si donc la libéralité avait été consentie avant la maladie, soit pendant le cours d'une maladie précédente, soit pendant que le disposant jouissait d'une santé parfaite, on ne pourrait la considérer comme la condition de soins qui n'étaient ni nécessaires ni requis. Rien n'empêcherait donc qu'elle sortît à effet.

164. — Ainsi, celui qui attaque une libéralité au point de vue de l'article 909 doit nécessairement prouver l'existence de la double condition que nous venons de signaler. Mais il n'y a que cela à prouver, car la réunion de ces conditions imprime à la disposition un tel caractère que son annulation en est une conséquence forcée.

Or, la plupart des circonstances sur lesquelles ces conditions reposent sont de nature à être matériellement constatées. Le commencement de la maladie rapprochée de la date de la disposition, le fait du décès du disposant, les soins donnés par l'institué, sont des points sur lesquels il sera facile d'asseoir une opinion.

La date de la donation apprendra par elle-même si elle est contemporaine de l'état de maladie, surtout s'il s'agit d'une disposition entre-vifs constatée par acte authentique. Mais il peut y avoir plus de difficultés s'il s'agit d'un testament olographe. On sait que ce testament fait foi de sa date. En réalité cependant rien n'est plus facile que de l'antidater, et c'est ce que l'on fera sans doute lorsqu'il s'agira d'éluder la disposition de l'article 909.

C'est dans ce cas surtout que se décèle l'importance de la prescription sur la simultanéité des conditions que nous venons d'indiquer. La date seule du testament faisant évanouir l'une d'elles, la libéralité est à l'abri de toute atteinte, alors même qu'il y a lieu de soupçonner l'antidate. Cependant, comme cette antidate constitue une simulation contre une disposition prohibitive de la loi, les héritiers pourront l'attaquer; mais leur action se trouvera, dans ce cas, régie par les principes ordinaires, aux termes desquels la fraude ne se présume jamais. Ils seront donc obligés d'en fournir la preuve.

Quant à la qualité du donataire, ne perdons pas de vue qu'elle n'est pas par elle seule un indice de dol. Il faut en outre qu'elle coïncide avec le traitement de la maladie. C'est donc l'existence de ce traitement qu'il convient d'abord d'établir.

Ainsi, par exemple, l'article 909 place les pharmaciens au nombre des personnes suspectes. Mais il est certain que la prohibition ne peut les atteindre que lorsque, prenant la place du médecin, ils en ont rempli les devoirs durant le cours de la maladie. Ainsi si, se renfermant dans leur ministère, les pharmaciens se sont bornés à préparer et à fournir les remèdes prescrits, la libéralité dont ils seront l'objet n'a rien d'illicite ni de suspect.

165. — Ce point, constant en doctrine et en jurisprudence, en confirmant ce que nous disions, que l'incapacité est bien plutôt une conséquence du traitement que de la qualité de la personne, doit servir à résoudre une difficulté qui s'est quelquefois présentée sur l'application de l'article 909 aux personnes qui, sans être revêtues d'un caractère légal, ont cependant réellement traité le malade donateur.

Contre cette application, on a dit qu'en matière de déchéances ou d'incapacités, la loi doit être entendue dans un sens restrictif; que l'article 909 ne pouvait donc être invoqué que contre les personnes qui y sont nominalement désignées; que l'étendre à d'autres, c'est le violer et faire une assimilation qu'il ne saurait comporter.

A ces objections il a été répondu que la présomption créée par l'article 909 est fondée sur l'empire que l'on doit reconnaître au donataire sur l'esprit du donateur; que cet empire s'acquiert non pas parce qu'on est médecin, chirurgien, officier de santé ou pharmacien, mais bien parce que, appelé auprès du malade, on en remplit les fonctions en prescrivant le traitement qui doit lui faire recouvrer la santé; que si, sous l'empire de ces idées, la loi a nominativement désigné certaines professions, c'est que ceux qui les exercent légalement sont le plus ordinairement choisis; qu'elle n'a pas dû supposer qu'un autre pût usurper leurs fonctions et se constituer ainsi en délit; qu'elle a dû, en tout état des choses, s'abstenir d'une désignation qui, fondée sur cette possibilité, aurait pu paraître un encouragement; que dans tous les cas il serait singulier qu'un individu, agissant comme médecin et ne l'étant pas, fût traité plus favorablement que le médecin légalement institué.

D'ailleurs, il est évident que celui qui s'ingère dans l'art de guérir, qui en exerce les fonctions, devient, en fait, le médecin de celui qui lui a

confié la direction de sa santé. Il rentre donc, comme tel, dans la catégorie des personnes nommées dans l'article 909. Il y a même, pour lui faire partager l'incapacité de celles-ci, une supériorité de raisons incontestable. Les charlatans, les empiriques sont loin de présenter les garanties de moralité et de délicatesse que l'on trouve chez les personnes vouées à l'exercice des diverses branches de l'art de guérir. Était-ce donc au moment où la fraude acquiert plus de vraisemblance que le législateur se serait départi des précautions qu'il a jugées indispensables dans tous les cas?

Non, il ne pouvait ni ne devait le faire. Il ne l'a pas fait, en réalité, car il les a, sinon explicitement, du moins implicitement désignés dans sa disposition. C'est ce qu'enseignent les débats et les explications qui ont eu lieu dans le sein du conseil d'État et à la tribune de nos chambres législatives. Rappelons-nous ce passage du rapport que Jaubert faisait au tribunat : *Il serait superflu de faire remarquer que la loi atteindra, par voie de conséquence nécessaire, tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal, oseraient s'ingérer dans les fonctions de l'art de guérir* [1].

Ce n'est donc pas ajouter à l'article 909, que de le rendre commun à ceux qui, sans aucun titre, auront traité un malade et usurpé la qualité de médecin; c'est au contraire lui donner sa véritable signification. C'est ainsi que l'enseignent Merlin, Toullier, Duranton; c'est aussi ce qui a été consacré par la jurisprudence.

166. — En effet, la cour d'appel de Paris a annulé, le 9 mai 1820, le legs fait à un individu qui exerçait la profession de médecin sans titre et qui avait reçu chez lui le testateur, comme pensionnaire, quelques années avant son décès [2].

De son côté, la cour de Grenoble a jugé, le 9 mai 1830, qu'une femme qui exerce habituellement l'art de guérir se trouve comprise dans la prohibition de l'article 909; qu'en conséquence elle ne peut profiter des dispositions testamentaires faites en sa faveur par la personne qu'elle a traitée pendant sa dernière maladie [3].

167. — Cette doctrine nous paraît tellement conforme à l'esprit véritable de la loi, que nous l'appliquons, sans hésiter, au don ou legs fait en faveur d'une sage-femme. En effet, de deux choses l'une : ou la sage-femme a été appelée pour un accouchement, ou elle l'a été pour une maladie ordinaire.

Dans le premier cas, elle a légalement capacité pour suivre l'accouchement dans toutes ses phases, pour en prescrire et en suivre le traitement. Elle est donc, quant à ce, le véritable chirurgien, l'arbitre de la santé et même de la vie de la malade. Par voie de conséquence, on doit lui supposer toute l'influence que le médecin pourrait avoir lui-même.

Dans le second cas, la mission que la sage-femme accepte est en dehors de ses pouvoirs, elle constitue même le délit d'exercice illégal de la médecine. Mais nous venons de voir que l'article 909 n'est pas impuissant devant une usurpation de ce genre. Dès lors, la sage-femme, rentrant dans la classe de médecins sans titre, serait atteinte par la prohibition qui leur est commune avec les véritables médecins.

168. — On s'est, de plus, demandé si cette prohibition doit s'étendre aux gardes-malades qui ont soigné la personne qui a disposé en leur faveur. Cette question peut avoir de l'importance, en ce qui concerne les religieuses qui se sont vouées à cette profession. Leur éducation et leur position les mettent à même d'exercer et d'acquérir une influence à laquelle des gardes-malades, prises dans les rangs infimes de la société, ne pourraient que très-difficilement atteindre.

Quoi qu'il en soit, la négative qui a été généralement admise nous paraît résoudre la question dans un sens aussi raisonnable que légal. Une garde-malade est une domestique qu'on peut renvoyer. Il n'y a entre les services qu'on attend d'elle et ceux que le médecin peut rendre ni assimilation ni analogie. C'est donc aux intéressés à mettre un terme aux obsessions dont le malade peut être l'objet de sa part; à eux encore à poursuivre, mais par application des principes ordinaires, la nullité des avantages que ces obsessions auraient déterminés.

169. — En résumé, l'application de l'article 909 se détermine bien plutôt par la conduite du donataire à l'égard du donateur, que par la qualité dont le premier se trouve revêtu. Médecin ou non, celui qui a présidé aux soins reçus par le malade, dicté le traitement, doit être privé des libéralités qu'il aurait obtenues pendant la durée de ce traitement et de ces soins. Nous aurons, cependant, à faire remarquer une différence, quant aux exceptions autorisées par

[1] Locré, t. II, p. 442, n° 17.
[2] Dalloz, A., t. V, p. 282.
[3] *Journal du Palais*, année 1830.

l'article 909, entre les personnes que cet article désigne nommément et celles qui leur ont emprunté leur qualité [1]. Mais, quant à l'application du principe général, nous le répétons, ce qui est essentiel à constater, c'est le fait du traitement.

A quels caractères devra-t-on en reconnaître l'existence? C'est là une question dont l'appréciation ne pouvait être ni précisée ni limitée. C'est donc aux magistrats qu'il appartient de la résoudre souverainement et selon les inspirations de leur conscience. C'est ce que la cour de cassation a consacré par son arrêt du 9 avril 1835, en décidant que le traitement présente, par l'ensemble des circonstances, la qualité des remèdes et la nature des soins, un fait complexe dont l'appréciation est confiée aux lumières et à la conscience des juges.

Ce qui est certain, toutefois, c'est qu'on ne saurait voir un traitement, tel que l'entend la loi, dans le fait d'avoir rendu quelques visites, donné accidentellement quelques soins ou indiqué quelques-uns de ces remèdes inoffensifs qui se trouvent dans la bouche de tout le monde. Ainsi, le médecin appelé en consultation, la personne qui se serait bornée à indiquer un traitement sans le suivre, celle qui, se trouvant quelquefois auprès du malade, aurait aidé à le panser, ne pourrait être considérée comme incapable de recueillir la libéralité dont elle aurait été l'objet. L'idée que suggère l'exigence d'un traitement emporte avec elle celle de soins constants, d'une surveillance assidue, d'une direction exclusive et journalière des soins à donner au malade. On ne saurait donc le confondre, soit avec l'appel et le secours accidentel d'un habile praticien qui, étranger au traitement du malade avant la consultation, redevient après celle-ci ce qu'il était auparavant; soit avec les marques d'intérêt que les amis du malade seraient dans le cas de lui prodiguer.

170. — L'incapacité édictée contre les médecins, chirurgiens, officiers de santé et pharmaciens est étendue par l'article 909 aux ministres du culte. Ceux-ci ne peuvent donc recevoir aucune libéralité, sous quelques formes que ce soit, du malade dont ils ont dirigé la conscience. Cette disposition est conforme aux principes de notre jurisprudence ancienne. Le Code pouvait d'autant moins hésiter à la consacrer, qu'au point de vue où se plaçait le législateur cette consécration devenait une nécessité impérieuse.

En effet, s'il est vrai que le médecin soit dans le cas de se créer, par l'exercice de ses fonctions, une influence grave sur l'esprit de son malade, il convient, néanmoins, de reconnaître que cette influence ne sera jamais aussi facile, aussi puissante que celle que le prêtre trouvera dans l'exercice de son ministère. Ministre de la religion, dispensateur de ses grâces, son empire sur l'esprit faible et timoré du mourant sera sans bornes. La foi religieuse, qui a le plus longtemps sommeillé, se réveille quelquefois plus ardente et plus vive en présence du terrible problème qui va se résoudre. Est-il, dans une pareille circonstance, un sacrifice capable d'arrêter celui qui, placé sur le seuil de l'éternité et dans une pensée de salut, croira devoir se concilier la religion et obtenir le pardon que le prêtre est autorisé à faire descendre sur sa couche de douleurs et d'agonie?

L'abus est donc bien plus à craindre du médecin de l'âme que du médecin du corps. Il y a entre la mission de l'un et de l'autre toute la distance qui sépare les profondeurs de la croyance religieuse, de la foi que peuvent inspirer les promesses si incertaines de la science humaine. En conséquence, excepter l'une des précautions ordonnées contre l'autre, c'était se condamner à rester désarmé en présence d'un danger plus imminent et plus réel.

Sans doute si les ministres du culte étaient tous ce qu'ils devraient être, ces précautions eussent été inutiles. Mais de quoi n'a-t-on pas abusé? L'histoire de notre justice, tant civile que criminelle, est là pour nous apprendre que partout où il y a des hommes, les passions, même les plus honteuses, savent se frayer une large et déplorable voie.

Retenir dans le devoir ceux qui seraient tentés de s'en écarter, telle doit être la pensée de toute législation. A ce titre, la disposition dont nous nous occupons est éminemment morale et juste.

Les libéralités faites aux ministres du culte sont donc, comme celles au profit des médecins et chirurgiens, frappées d'une présomption de dol. Les unes et les autres ne sont, aux yeux de la loi, que le produit de sentiments suggérés, que le résultat d'une influence illégitime.

171. — Mais on donnerait à l'article 909 une interprétation abusive, si l'on voulait en faire ressortir une incapacité absolue, en ce qui concerne les ministres du culte. En les plaçant sur la même ligne que les médecins, cet article leur rend communes non-seulement la prohibition elle-même, mais encore les conditions auxquelles elle est encourue. En d'autres termes, la nullité de la disposition ayant pour cause unique la

[1] *Vid. infrà, de la Fraude*, chap. Ier, sect. Ire.

présomption d'une influence illégitime, elle ne saurait être ni demandée ni ordonnée, lorsque les circonstances prouvent que cette influence n'a pu se réaliser.

Ainsi, pour que le ministre du culte soit atteint de l'incapacité édictée par la loi, il faut qu'il ait usé de son caractère pendant le cours de la maladie, prodigué au malade les soins spirituels et dirigé sa conscience. A ces conditions, il ne pourra profiter de la libéralité dont il aura été l'objet. Par voie de conséquence, si, en fait, ces conditions ne se sont pas réalisées, ou si sa conduite auprès du malade est exclusive de toute idée d'influence, la libéralité légalement obvenue devra sortir à effet.

172. — Il a été jugé que le prêtre qui n'a pas confessé le malade pendant sa dernière maladie, mais qui, postérieurement au testament, lui a donné, au moment où il allait expirer, l'extrême-onction, n'est pas frappé de l'incapacité de recevoir exprimée dans le dernier alinéa de l'article 909 [1].

173. — Il semblerait résulter de cette doctrine que la confession seule établit l'incapacité. Cette opinion, qui était celle que l'ancienne jurisprudence avait consacrée, doit-elle encore être suivie sous l'empire du Code?

La cour de Grenoble l'a tellement pensé ainsi, qu'elle a décidé, le 14 avril 1806, que le prêtre qui est continuellement resté auprès d'une personne pendant la maladie dans laquelle elle a fait son testament, et dont elle est morte, qui lui a donné l'extrême-onction, sans l'avoir cependant confessée, n'est pas incapable de recueillir les dispositions faites à son profit dans ce testament [2].

174. — Si cette solution devait recevoir la consécration d'un principe, on arriverait, par une conséquence directe, à éluder facilement les prescriptions de l'article 909, dans les cas précisément où leur application serait le plus nécessaire. Qu'un prêtre puisse, par sa présence continuelle, acquérir sur le malade cet ascendant que la loi redoute; que le malade obéisse, dans ses dispositions de dernière volonté, aux suggestions dont cet ascendant peut être suivi, c'est ce qu'il est naturel d'admettre. Or, c'est précisément contre une hypothèse de ce genre que la loi s'est armée de sévérité.

Si donc il suffisait au prêtre, qui par ses assiduités, par des entretiens fréquents, par ses visites journalières a solidement établi son empire sur le malade, de s'abstenir de le confesser pour être capable de recevoir les libéralités dont il serait l'objet, l'article 909 ne serait plus qu'une menace vaine dont on pourrait impunément se jouer.

Aussi apparaît-il, de l'arrêt lui-même, que la cour de Grenoble, frappée de ces considérations, n'en a point méconnu la gravité; qu'elle a voulu rendre un arrêt d'espèce plutôt qu'un arrêt de principe. C'est ainsi qu'elle constate d'abord que la libéralité attaquée doit, par son peu d'importance, être considérée comme un acte de rémunération; que les faits allégués n'étaient pas prouvés; qu'ils étaient même de toute invraisemblance, d'après les opinions que le testateur avait manifestées par écrit. On peut dès lors, dit avec raison Dalloz jeune, croire que la cour eût décidé autrement, si les assiduités du prêtre, même sans confession, avaient été de nature à captiver l'esprit du malade, par l'influence de son caractère sacerdotal [3].

C'est encore ce caractère spécial de l'arrêt qui a déterminé le rejet du pourvoi dont il avait été frappé. « Attendu, dit en effet la cour suprême, que l'incapacité résultant de l'article 909, en ce qui concerne les ministres du culte, n'est point absolue, et qu'elle ne s'applique qu'à ceux de ces ministres qui ont rempli les fonctions de leur culte auprès du testateur; attendu que l'arrêt attaqué décide en fait que l'abbé Geneys n'a rempli aucune fonction de cette espèce auprès du sieur Montlouvier; d'où il suit qu'il était capable de recevoir de celui-ci toute espèce de legs. »

175. — Il résulte, selon nous, de cette jurisprudence, une seule chose, à savoir : que, de même que le traitement par le médecin, l'assistance du prêtre est, par sa nature, par ses circonstances, un fait complexe dont l'appréciation souveraine est laissée à la prudence et aux lumières du juge; que si elle se décèle forcément par la confession, elle peut aussi exister en l'absence de celle-ci; qu'il y a donc incapacité toutes les fois que les faits relevés tendent à faire considérer la donation ou le legs comme le produit de l'influence acquise au donataire ou légataire.

Cette conclusion nous paraît d'autant plus rationnelle que s'il fallait admettre la confession comme la cause unique de l'incapacité édictée par la loi, il faudrait, comme le fait Toullier, arriver, par voie de conséquence, à décider que l'article 909 est inapplicable aux ministres des

[1] Toulouse, 20 novembre 1835; *Journal du Palais*, année 1835.

[2] Dalloz, A., t. V, p. 292.

[3] *Dict. de Jurip.*, vo *Disp. entre-vifs*, no 219.

religions qui n'admettent pas la confession. Cependant la volonté du législateur, d'atteindre les ministres de tous les cultes, ne saurait être douteuse. Elle résulte invinciblement de l'esprit et des motifs de la loi.

176. — La présomption de dol, créée par l'article 909, est une présomption *juris et de jure*. L'institué contre lequel on aura fait la preuve exigée par la loi ne pourra faire maintenir la disposition attaquée qu'en justifiant qu'il se trouve dans un des cas d'exception autorisés par ce même article.

Ces exceptions se rapportent à la nature de la disposition, à la qualité de la personne appelée à en profiter. Il était naturel, en effet, de restreindre l'article 909 dans des limites raisonnables, de ne pas le rendre un obstacle invincible à tout témoignage d'une reconnaissance méritée ou d'une affection légitime. Agir autrement, c'était éloigner du malade les soins de ses parents, de ses amis les plus affectueux, les plus dévoués.

« On n'a pas voulu, disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs, que le malade fût privé de donner à ses médecins quelque marque de sa reconnaissance, eu égard à sa fortune et aux soins qui lui auraient été rendus ; il eût été aussi injuste d'interdire les dispositions, celles-mêmes qui seraient universelles, faites par le malade, au profit de ceux qui le traiteraient et qui seraient de ses parents. S'il y avait des héritiers en ligne directe, du nombre desquels ils ne seraient pas, la présomption, qui est la cause de leur incapacité, reprendrait toute sa force [1]. »

Ces considérations enlèvent à l'application de la loi toute difficulté sérieuse. On sait ce que peut, ce que doit être un acte de gratitude. Récompenser quelqu'un, ce n'est pas ordinairement lui donner tout son bien, au détriment des droits que les relations de famille, que les liens de parenté supposent et créent.

177. — De là cette conséquence qu'une institution universelle ne saurait jamais constituer un simple acte de rémunération. C'est pourquoi la loi commande l'annulation dans tous les cas, alors même que le disposant, ne laissant que des collatéraux éloignés, l'eût qualifiée de rémunération. On ne verrait dans cette qualification qu'une fraude à l'effet d'éluder la prohibition de la loi.

Ajoutons que la nullité d'une institution de ce genre est générale et absolue. Elle est également présumée le produit d'une suggestion illégitime ; et dès lors il est impossible de l'attribuer en tout ou en partie à la volonté libre de son auteur. Les tribunaux ne pourraient donc, procédant par voie de retranchement, la réduire aux proportions d'un acte rémunératoire. Ce serait valider en partie une volonté que la loi proclame sans effet.

178. — Il n'en est pas de même de l'institution particulière. La loi qui l'autorise ne peut pas admettre qu'elle soit excessive, car l'abus qu'elle a voulu proscrire dans l'institution universelle se reproduirait bientôt sous la forme d'une disposition à titre rémunératoire. Le testateur pourrait s'exagérer la portée des soins qu'il reçoit. On pourrait même lui en suggérer la pensée. C'est pour éviter que le mal ne fût ainsi déplacé que le législateur a tracé les éléments qui doivent servir à l'appréciation de la libéralité. Ces éléments sont : d'un côté la fortune du disposant, de l'autre la nature des soins qu'il a reçus. Les tribunaux doivent donc se renfermer dans ces limites et réduire la disposition qui paraîtrait s'en écarter.

Le maintien d'une institution rémunératoire peut être réclamé dans tous les cas et par tous les ayants droit. Peu importerait que cette institution n'eût pas été faite expressément à ce titre. Il suffirait qu'au fond elle fût bien réellement un témoignage de reconnaissance pour qu'elle dût recevoir sa pleine et entière exécution.

179. — L'institution universelle est autorisée lorsque celui qui en a été l'objet, quoique appartenant à la catégorie des personnes désignées par l'article 909, est parent du testateur au quatrième degré inclusivement, si celui-ci ne laisse aucun héritier en ligne directe. S'il existe des héritiers directs, et que l'appelé ne soit pas du nombre, l'institution universelle doit être annulée.

180. — Ces prescriptions de l'article 909 sont irritantes et absolues. Les médecins, chirurgiens, officiers de santé et pharmaciens ne pourraient, en dehors de ces conditions, exciper de l'affection du testateur pour faire maintenir la libéralité. Il y a plus encore. La loi ne s'expliquant pas sur l'alliance, l'existence de celle-ci, même à un degré très-rapproché, ne ferait pas disparaître l'incapacité. Dans ces matières, la prohibition forme le droit commun. Elle ne comporte donc d'autres exceptions que celles qui sont formellement autorisées. Le législateur, n'ayant pas mis l'alliance sur la même ligne que la parenté, a, par cela seul, excepté la première de la règle tracée pour celle-ci.

[1] Locré, t. II, p. 364, no 8.

181. — Doit-on appliquer les mêmes principes aux personnes qui, sans caractère légal, ont traité le testateur pendant sa dernière maladie?

Nous avons vu que ces personnes sont assimilées, quant à la prohibition, aux médecins, chirurgiens et pharmaciens, nommément désignés par la loi. On devrait donc conclure qu'il est naturel d'exiger pour elles ce qu'on exige pour ceux-ci.

Mais ne perdons pas de vue que leur incapacité résulte d'une analogie dont on ne saurait contester la justesse. Or, c'est cette analogie qu'il s'agit d'établir, et cette recherche présente aux juges une appréciation de fait livrée à leur conscience, mais qui, dans tous les cas, doit, pour se placer sous le coup de l'article 909, constituer véritablement l'abus que cet article a voulu réprimer. Ainsi l'analogie sera complète lorsque les soins donnés sont dus à l'usurpation des fonctions, lorsqu'ils sont une conséquence des connaissances médicales supposées, et que c'est à ce titre unique que l'institué a été appelé.

Mais il n'y a plus aucune analogie lorsque celui qui a traité le malade, sans être médecin, n'a agi que sous l'influence de la pensée d'un devoir; lorsque d'un côté les soins, de l'autre l'affection sont justifiés par des relations antérieures, non équivoques, dont la continuation ne saurait être blâmée sans condamner les plus nobles des sentiments, l'affection et la reconnaissance. Dans ce cas, la loi ne se trouve plus en présence d'une présomption d'abus de la faiblesse d'un moribond; elle doit dès lors respecter les volontés manifestées par celui-ci.

182. — C'est ainsi que la cour de cassation a jugé, le 24 juillet 1832, que la prohibition de l'article 909 ne s'applique pas à celui qui, sans titre légal, a exercé la médecine, la chirurgie ou la pharmacie à l'égard du malade qui a testé en sa faveur, lorsqu'il a été traité par lui, sa vie durant, comme son fils [1].

Dans cette espèce, le légataire avait été recueilli à l'âge de deux ans par le testateur, qui l'avait élevé et envoyé en dernier lieu étudier la médecine à Paris. A la nouvelle du péril de son bienfaiteur, l'élève, abandonnant ses études, était accouru à son chevet lui consacrer les connaissances médicales qu'il devait à ses bienfaits. On comprend dès lors que les magistrats, appréciant sa conduite, les motifs qui la lui dictaient, aient refusé d'y voir une assimilation quelconque avec les actes que l'article 909 prohibe. C'était là une décision morale et juste que la cour suprême ne pouvait blâmer. C'est surtout pour de pareilles hypothèses qu'on doit mettre en pratique cette maxime de la raison écrite : *Laudandus potius quam exhæredandus heres.*

Il est vrai que les mêmes considérations militeraient pour le médecin titulaire qui aurait traité un malade dans une semblable hypothèse. Cependant l'arrêt de la cour de cassation semble indiquer qu'on devrait, pour celui-ci, maintenir la prohibition de l'article 909. Mais si le magistrat, usant du pouvoir souverain d'appréciation que la loi lui confère, est libre, lorsqu'il s'agit de rechercher si l'acte qui lui est dénoncé tombe ou non sous le coup de la prohibition, de n'écouter que les inspirations de sa conscience; cette liberté, il ne l'a plus lorsque la loi s'est nettement et formellement expliquée. Or, c'est ce qui se réalise à l'égard des personnes nommément désignées par l'article 909. Pour elles, il n'y a que deux exceptions, à savoir : celle tirée de la parenté au quatrième degré, celle tirée du caractère rémunératoire de la disposition. On ne pourrait donc en ajouter d'autres, sans violer la volonté formelle du législateur, sans affaiblir la règle générale qu'il a tracée, sans changer complétement la nature et le caractère de sa disposition.

183. — La seconde condition, indispensable pour qu'on présume le dol, c'est, nous l'avons déjà dit, que la libéralité en faveur des personnes suspectes ait été faite pendant le cours de la maladie dont le testateur est mort. Puisque la sévérité de la loi n'est que la conséquence de la crainte que la disposition ne soit due en réalité qu'à l'entraînement et à la faiblesse, il était de rigueur que les circonstances qui ont pu les déterminer, l'un et l'autre, se fussent continuées, sans interruption, du jour de l'acte à celui où il doit sortir à effet. Si, dans l'intervalle, le disposant a pu détruire, modifier ou changer les volontés d'abord exprimées, et qu'il se soit abstenu de le faire, on doit avec raison considérer sa conduite comme la preuve que c'est avec pleine liberté d'esprit et de son propre gré qu'il a pris sa détermination.

Vainement donc prouverait-on qu'une institution a été faite par un malade, pendant le cours de sa maladie, en faveur du médecin qui l'a traité, ou du prêtre qui a dirigé sa conscience. Si le malade, revenu à la santé, a laissé subsister son institution, rien ne s'opposerait à son exécution, alors même que, dans la maladie

[1] *Journal du Palais*, année 1832.

nouvelle à laquelle il a succombé, le médecin et le prêtre eussent continué à exercer auprès de lui l'exercice de leur ministère.

Il en serait de même si le testament ou la donation avait été faite en état de santé et avant toute atteinte du mal dont le testateur ou le donataire est devenu la victime.

184. — Nous avons déjà plusieurs fois rappelé qu'on ne peut accomplir indirectement ce que la loi prohibe de faire d'une manière directe. Par application de ce principe à la matière qui nous occupe, on ne devrait pas hésiter à annuler la libéralité que l'on aurait déguisée sous les apparences d'un acte à titre onéreux. L'acte, dans cette hypothèse, réunirait la fraude au dol. L'application de l'article 909 n'en serait que plus urgente, que mieux justifiée.

Doit-on, dans ce cas, présumer la simulation? Quel est le mode de preuves admissible? C'est ce que nous aurons à rechercher dans la seconde partie de cet ouvrage, dans laquelle nous aurons à nous occuper de la fraude d'une manière spéciale [1].

185. — La disposition de l'article 1965 du Code civil pourrait nous fournir un nouvel exemple de dol présumé. Le refus de toute action pour dettes de jeu n'est, en principe, fondé que sur l'illégitimité des moyens qui les ont constituées.

Cependant, il y a entre la dette de jeu et la dette produite par le dol cette différence essentielle : que la première crée une obligation naturelle reconnue par la loi. Ainsi l'article 1969 déclare non sujet à répétition tout ce qui a été volontairement payé par le perdant. La seconde, au contraire, n'oblige ni civilement ni naturellement. Dès lors, et par application de l'article 1235 du Code civil, tout ce qui aurait été payé par le débiteur doit lui être remboursé.

Nous aurons, d'ailleurs, à nous occuper plus spécialement de l'article 1965 dans nos observations sur la fraude. Il est certain, en effet, que, par le concours obligé des deux parties, le jeu constitue plutôt une fraude qu'un dol véritable. Notons, cependant, qu'en matière d'exécution donnée par les joueurs, le législateur a considéré la simple supercherie comme un véritable dol. Comme celui-ci, en effet, elle annule le payement qu'elle aurait seule déterminé.

186. — Le Code de commerce, à son tour, présente de nombreux exemples de fraude et de dol présumés. C'est de ces derniers que nous avons à nous occuper exclusivement dans cette partie de notre travail.

Il n'est dans le commerce aucune industrie exposée à plus de chances et de dangers que l'assurance maritime. Son utilité n'est plus cependant une question, chacun comprend et répète depuis longtemps qu'il n'est aucune institution qui ait rendu de si grands services, qui ait plus efficacement concouru au développement du commerce, cette source de prospérités pour l'État. Les assurances maritimes, disait Corvetto dans l'exposé des motifs du Code, ont rapproché les quatre parties du monde.

187. — Les écueils à travers lesquels le contrat d'assurance, *ce noble produit du génie, ce premier garant du commerce maritime* [2], est condamné à se frayer une route, son immense et éclatante utilité traçaient au législateur un visible devoir. Une protection de tous les instants, une faveur exceptionnelle était indispensable pour contre-balancer l'imminence d'une fraude d'autant plus à redouter qu'elle s'anéantit avec le navire qui la recèle dans les abîmes de la mer, et prévenir ainsi la ruine et le découragement de ceux que l'application du droit commun ne pouvait suffisamment défendre.

Ce devoir a été compris de tous les temps, à toutes les époques. Émérigon, l'illustre commentateur, nous indique dans sa préface les précautions que les différents peuples commerciaux avaient prises dans l'intérêt de leur navigation, sous l'empire desquelles vivait encore la France jusqu'au moment où l'immortelle ordonnance de 1681 vint leur assurer une efficacité en même temps qu'une autorité imposante et décisive.

Cette ordonnance, résumé d'une pratique éclairée par l'expérience, d'une doctrine enseignée par des jurisconsultes célèbres, par des publicistes tels que Grotius, Puffendorf, Casaregis, Ausaldus, etc., est un des plus beaux fleurons du siècle immortel de Louis XIV ; elle est le Code le plus complet, le plus précis de la matière. Et, si nous avions besoin de le prouver, nous rappellerions qu'en 1807, alors que deux siècles environ s'étaient écoulés, le législateur n'a eu, pour la plus grande partie de son œuvre, qu'à répéter les dispositions de son prédécesseur.

188. — A proprement parler, le Code de commerce n'a eu qu'à convertir en principes quelques inductions que la pratique avait tirées de l'ordonnance de 1681. Le fond des choses

[1] *Vid. infrà, de la Fraude*, chap. Ier, sect. Ire.

[2] Corvetto, *Exposé des motifs*.

n'a pas changé, les dispositions essentielles sont reproduites et prises dans cette ordonnance.

C'est d'une de ces additions que nous avons à nous occuper, celle qui résulte de l'article 348.

« Toute réticence, porte cet article, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. »

Contrairement au droit commun, le dol est présumé dans ces divers cas. Nous verrons bientôt l'effet de cette présomption. Disons auparavant ce qui a fait introduire dans la loi cette disposition.

189. — Il n'en existe aucune analogue dans l'ordonnance de 1681. Cette absence était d'autant plus fâcheuse, que le principe qui en fait l'objet était enseigné par les jurisconsultes, qui en comprenaient la nécessité et en poursuivaient les conséquences. De là était née une divergence d'opinion qui ne pouvait qu'embarrasser les tribunaux.

190. — En effet, Valin, sous l'article 7, enseignait que la déclaration de l'assuré doit être conforme à la vérité, sous peine de la nullité des assurances, *suivant les circonstances.*

A cette première hésitation, née du silence de la loi, Valin ajoutait un tempérament qui lui paraissait équitable. Le moins qu'il en arriverait, dit-il, s'il n'y avait pas lieu de faire déclarer l'assurance nulle absolument, à raison de la surprise faite à l'assureur, ce serait d'assujettir l'assuré à une augmentation de prime proportionnée aux risques qu'il aurait fait courir de plus à l'assureur en lui diminuant l'objet par la fausse déclaration.

Mais Émérigon, qui ne partageait pas l'hésitation de Valin, combattait vivement ce tempérament. « C'est ordinairement le sinistre, disait-il, qui donne lieu à pareilles plaintes. Ce serait donc un triste présent qu'on ferait aux assureurs, si, en les condamnant à payer la perte, on leur accordait une augmentation de prime.

« Le juge peut, selon les circonstances du fait, prononcer la nullité de l'assurance; mais il rendrait une sentence évidemment nulle et injuste si, laissant subsister le contrat reconnu vicieux, il se bornait à y appliquer une modification aussi contraire au pacte stipulé qu'impuissante à remplir l'intérêt légitime de la partie lésée. »

Émérigon conclut donc en ces termes : « Si, avant le départ du navire, ou pendant le cours du voyage, l'assureur demandait que l'assurance fût résiliée, sur le fondement qu'on lui a dissimulé quelque circonstance essentielle, on ne pourrait s'empêcher de faire droit à sa demande. Ce serait tyrannie que de le forcer à se contenter d'une augmentation de prime. La chose ne reçoit point de milieu, il faut ou anéantir le contrat ou le laisser subsister.

« Si le navire périt et que les assureurs prouvent qu'on leur a dissimulé une circonstance essentielle, le contrat doit être cassé. Il n'est plus temps, après le temps du risque et que la perte est arrivée, de leur offrir le prix du risque [1]. »

Enfin, Pothier distinguait la réticence de la fausse déclaration. La première, à son avis, *ne concernait que le for de la conscience;* la seconde devait entraîner la nullité des assurances [2].

Comme on le voit, la doctrine n'était pas d'accord sur l'effet de la réticence, sur les conséquences de la fausse déclaration. C'est l'opinion d'Émérigon qui a, à bon droit, prévalu. Mais ce choix, ainsi réalisé, ne pouvait être indiqué que par une disposition expresse. De là l'introduction dans notre Code de l'article 348.

191. — Toute controverse est donc impossible à l'avenir. La réticence est placée, quant à ses effets, sur la même ligne que la fausse déclaration, dont rien ne la distingue dans les résultats. Et comme, en définitive, c'est l'opinion qu'on s'est créée du risque qui détermine l'assurance, la différence entre la police et le connaissement, qui aurait pour objet de dénaturer le risque, produit les mêmes effets que la réticence, que la fausse déclaration.

L'identité des conséquences a produit l'uniformité de législation. Du texte de notre article il résulte donc qu'il y a dol présumé : 1° lorsque l'assuré a commis une réticence; 2° lorsqu'il a fait une fausse déclaration; 3° lorsqu'il existe une différence entre le contrat d'assurance et le connaissement.

Pourvu, toutefois, que la réticence, la fausse déclaration ou la différence ait eu pour effet de diminuer le risque ou d'en changer le sujet.

192. — C'est là déroger, d'une manière sensible, aux principes ordinaires en matière de dol. Nous disions plus haut que ce qui constitue le dol, c'est l'emploi de manœuvres artificieuses dans le dessein de tromper; qu'ainsi on ne saurait le rencontrer dans le mensonge isolé,

[1] T. I, p. 67, chap. III, sect. III.

[2] No 196.

dans une simple ruse. Le contraire se réalise dans les assurances. Il y a dol, par cela seul que l'un des faits indiqués par l'article 348 s'est réalisé dans les conditions tracées.

Cette première modification au droit commun s'explique par la nature même des choses. Le contrat d'assurance est un acte exceptionnel pour l'exécution duquel on ne pouvait recourir aux obligations imposées aux parties dans tous les autres contrats. On ne pouvait notamment exiger de l'assureur qu'il se livrât à des investigations plus ou moins minutieuses, à l'effet de contrôler les déclarations qu'il reçoit, de découvrir les circonstances qu'on lui tait. Le temps qu'une pareille recherche eût consommé aurait, dans bien des cas, rendu l'assurance impossible, en amenant l'échéance du risque qui devait en faire le sujet.

On obéissait donc à une nécessité réelle en l'autorisant à accepter, comme sincère, la déclaration de l'assuré. Comme contre-poids à cette confiance obligée, il était indispensable de placer celui-ci entre la nécessité de dire la vérité et toute la vérité, et la perte du bénéfice qu'il aurait voulu se procurer par un mensonge ou par une réticence.

193. — De là, la présomption de dol, par cela seul que la vérité a été déguisée ou tue, alors même qu'aucune manœuvre, dans le sens attaché à ce mot, ne pourrait être imputée à l'assuré.

L'article 348 va plus loin encore ; il n'exige même pas que la réticence, que la fausse déclaration, que la différence entre le connaissement et la police aient été réalisées dans l'intention de tromper. Le dol existe sans le *consilium fraudis*, indispensable dans les cas ordinaires.

Il suffit, en effet, que le fait dissimulé ou faussement déclaré, que la différence signalée, ait été de nature à influer sur l'opinion du risque pour que le contrat soit frappé d'une nullité absolue. Vainement donc l'assuré prétendrait-il que c'est de bonne foi qu'il a caché un fait qu'il croyait indifférent ; que sa déclaration n'est fausse que parce qu'il a été lui-même trompé ; que la différence entre la police et le connaissement s'est réalisée à son insu. Il n'en subirait pas moins la rigueur de l'article 348.

Cette solution était imposée autant par la faveur spéciale que l'on voulait conférer aux assurances que par une exacte appréciation de leur nature. Il est, en effet, de l'essence de ce contrat qu'il existe un risque certain, déterminé, sur l'importance duquel se basent les prévisions des assureurs et leurs exigences relativement à la prime. Or, si les circonstances de ce risque lui sont dissimulées ou inexactement rapportées, si les marchandises mentionnées dans le contrat ne sont pas celles portées sur le connaissement, son adhésion à ce contrat est le résultat d'une erreur, et ce vice dans le consentement enlève à la convention l'une de ses qualités essentielles.

En cet état, qu'importe que l'assuré ait été de bonne foi? L'erreur existe matériellement, et sa certitude entraîne la nullité de l'acte. Aussi la loi ne s'est-elle nullement préoccupée de la réalisation d'un dommage, la validité du contrat ne dépend pas de la nocuité de la circonstance dissimulée ou faussement déclarée. Eût-elle été sans influence sur la perte de l'objet assuré, la convention n'en est pas moins annulable. C'est la disposition expresse de l'article 348.

Ainsi, en matière d'assurances, la loi modifie complétement les principes généraux. Ce n'est plus le *consilium fraudis* et l'*eventus damni* qui constituent le dol ; c'est le mensonge, c'est la réticence, quels qu'en aient été le motif et la cause. Cette réticence, ce mensonge a-t-il influé sur l'opinion du risque? C'est tout ce que la loi exige pour prononcer la nullité de l'acte.

194. — Ces principes sont nettement consacrés par la décision suivante, rendue le 15 juin 1822 par le tribunal de commerce de Marseille, et acquiescée par la partie condamnée.

Le 12 juin 1821, les sieurs Argenti et compagnie firent assurer, pour le compte de Rodocanachi, de Livourne, la somme de 5,000 fr., valeur de 2,000 florins d'Auguste, prêtés à la grosse par leur maison de Constantinople, avec affectation sur le corps du navire *le Véridique*, capitaine Radoconich, Autrichien. Cette assurance fut faite sur les risques d'un voyage de Constantinople à Trieste, à la prime de deux pour cent.

Lors de la signature de la police, le navire était déjà parti de Constantinople depuis quelque temps ; il avait relâché à Scio pour cause de fortune de mer ; là il avait été réparé, et le capitaine avait été obligé d'emprunter à la grosse ; enfin il avait fait une autre relâche à Corfou, d'où il était reparti le 30 mai.

Les circonstances du départ de Constantinople et de la relâche à Scio, bien que connues des assurés, n'avaient pas été déclarées aux assureurs.

Le 25 juin 1821, le navire *le Véridique* fit naufrage dans l'Adriatique, à la suite d'une voie d'eau considérable. Le 28, Argenti et compagnie firent abandon aux assureurs, et les citèrent en payement de la perte.

Mais les assureurs demandèrent la nullité de l'assurance, pour cause de réticence, fondée sur le silence gardé sur le départ du navire et la relâche à Scio. Ces circonstances, disaient-ils, que la lettre d'ordre prouve avoir été connues des assurés, donnaient au risque proposé un caractère de gravité et une étendue plus considérable. C'est donc sciemment que les assurés avaient voulu faire courir les risques à compter du départ de Constantinople et faire peser sur les assureurs le résultat d'événements antérieurs à l'assurance, événements connus, qui leur inspiraient des craintes, et qui pouvaient avoir des suites fâcheuses; enfin ces faits étaient de nature à augmenter l'opinion du risque et à détourner les assureurs de s'en charger.

Les assurés répondaient, entre autres, que la relâche à Scio était indifférente, puisque les assureurs étaient francs d'avaries; que le silence gardé sur le départ de Constantinople n'avait pu aggraver les risques qui étaient en réalité diminués; qu'enfin la perte était survenue postérieurement aux relâches, et que ces relâches n'avaient nullement influé sur la perte; qu'ainsi on ne saurait se plaindre d'aucune réticence et d'aucune dissimulation sur des faits pouvant aggraver le risque.

Mais le tribunal pensa le contraire et déclara par conséquent la nullité de l'assurance. Après avoir établi la réalité des faits dont les assureurs se plaignaient, après en avoir déterminé le caractère, le jugement repousse en ces termes l'exception des assurés :

« Attendu que vainement les assurés ont-ils excipé de ce que les faits dissimulés n'ont pas amené directement le sinistre, et de ce que le prêt à la grosse, qui constituait l'aliment de l'assurance dont il s'agit, était affranchi de toute avarie;

« Que ces raisons ne sauraient aucunement atténuer la faute des assurés, puisque la loi prononce la nullité de l'assurance dans le cas même où la réticence n'aurait pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré; qu'il suffit qu'elle ait diminué l'opinion du risque, pour être de nature à annuler le contrat;

« Attendu qu'il est de l'essence du contrat d'assurance que les assureurs soient instruits de tout ce que les assurés savent, pour être véritablement mis à leur lieu et place; que ces derniers, en leur cachant des circonstances graves du risque, n'obtiennent d'eux qu'un consentement erroné, et par conséquent nul [1]. »

195. — De ce qui précède il résulte que, pour l'application de l'article 348 et pour la présomption de dol, la matérialité du fait est décisive. Y a-t-il réticence, fausse déclaration ou différence? L'objet de l'une ou de l'autre a-t-il eu pour effet d'influer sur l'opinion du risque, la police est présumée le résultat du dol, et par conséquent nulle. Cette présomption est de celles qui n'admettent pas même la preuve contraire. Ainsi le jugement qui, après avoir consacré l'existence du fait et son caractère, maintiendrait le contrat, violerait expressément le texte et l'esprit de la loi.

Mais l'existence de la réticence, de la fausse déclaration de la différence, ses conséquences par rapport à l'opinion du risque, pourront souvent présenter des difficultés plus ou moins sérieuses. A cet égard, et comme pour toutes les questions de fait, la loi s'en remet entièrement aux lumières et à la prudence des magistrats [2].

196. — Toutefois, il est des faits dont l'omission ou l'inexactitude entraîne avec elle une décision affirmative sur la question de savoir si le risque a été diminué ou changé. Nous voulons parler de ceux dont la déclaration est exigée par l'article 332 du Code de commerce. Cependant nous devons faire remarquer que la doctrine et la jurisprudence ont admis entre eux des nuances qu'il est indispensable de signaler. Tous ne produisent plus aujourd'hui le même résultat. Nous verrons, en les parcourant, que ce n'est pas sans raison qu'on a ainsi modifié la disposition de l'article 332.

L'assuré, aux termes de cette disposition, doit déclarer :

1° *Son nom et son domicile.*

197. — Il est de l'essence de tous les contrats que les parties qui y figurent soient clairement désignées. Dans l'assurance, le nom de l'assureur est toujours connu. Il est donc naturel que celui qui contracte avec lui soit nommé dans l'acte, c'est là un corrélatif qui paraît commandé par la nature des choses.

L'omission de cette formalité devrait-elle être considérée comme ayant influé sur l'opinion du risque et entraîner conséquemment la nullité de l'assurance? Une réponse affirmative eût été bien sévère, d'autant que si la police est faite sous seing privé, elle portera sur le double ori-

[1] Clariond, *Journal de jurisprudence*, année 1822, p. 115.

[2] Cass., 25 mars 1835; *Journal du Palais*, année 1835.

ginal la signature de l'assuré ; et que cette signature peut être considérée comme l'équivalent de la mention du nom dans le corps de l'acte. On a donc dû se prononcer pour la négative. Telle est l'opinion de Pardessus.

198. — Cette opinion, consacrée par la jurisprudence, a trouvé cependant des contradicteurs. La désignation du nom de l'assuré, a dit M. Bernard, est d'ordre public; permettre qu'elle soit omise, c'est se priver du moyen de constater si l'assurance n'est pas une gageure, puisqu'on ne pourrait vérifier si l'assuré est, ou s'il représente le véritable propriétaire des choses assurées. Telle est aussi l'opinion de Boulay-Paty [1].

Nous croyons que ces honorables jurisconsultes exagèrent les inconvénients que le défaut de mention du nom de l'assuré peut offrir. Il est évident, comme nous venons de le dire, que le défaut de mention ne peut s'entendre que d'une omission dans le corps de l'acte. Car, s'il était absolu au point de comprendre l'absence même de la signature, il y aurait évidemment nullité en la forme, il n'aurait jamais existé de contrat. Mais l'identité du signataire n'est susceptible d'aucune difficulté. Celui-là connu, on pourra toujours exiger de lui la preuve qu'il est propriétaire, ou qu'il représente le propriétaire de l'objet assuré.

Si de ces considérations on passe à l'esprit de la loi, on se confirme bien plus dans la solution que nous indiquons. Pourquoi, dans l'hypothèse de l'article 348, la loi place-t-elle l'assurance sous la présomption d'erreur d'un côté, sous la présomption de dol de l'autre? C'est qu'elle suppose qu'au moment du contrat l'assureur n'a eu ni raison de douter de la véracité de l'assuré, ni moyen de connaître ce qu'on lui taisait. En est-il de même pour ce qui concerne le nom de l'assuré? Ne pouvait-il pas, ne devait-il pas le demander? La faute résultant de son omission n'est donc pas exclusivement imputable à l'assuré; et l'assureur trouverait une récompense de sa propre négligence dans la faculté qu'on lui reconnaîtrait de puiser, dans cette négligence même, le prétexte de se délier de ses obligations. Ce n'est pas évidemment pour une pareille hypothèse que l'article 348 a été sanctionné. Nous aurons occasion de le dire souvent, la loi n'a voulu que rendre justice aux assureurs, sans prétendre leur sacrifier les droits légitimes des assurés.

Ce qui est vrai pour l'indication du nom est, à plus forte raison, vrai pour celle du domicile. Il est un cas cependant où l'omission de celle-ci entraînerait la nullité de l'assurance ; comme si l'assuré était domicilié dans un pays en état de guerre avec un autre. La confiscation de la propriété de leurs ennemis respectifs est un droit pour les nations belligérantes. Appartenir à l'une d'elles, par son domicile, serait donc une circonstance qui aggraverait singulièrement le risque. Toute réticence à cet égard rentrerait sous l'application de l'article 348 [2].

2° Sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire.

199. — En thèse ordinaire, l'accomplissement de cette formalité n'est pas d'un grand intérêt pour les assureurs. En effet, que le souscripteur de la police soit propriétaire ou commissionnaire, il n'en est pas moins personnellement tenu du payement de la prime. D'autre part, il suffit, comme l'enseigne Émérigon, que l'aliment du risque soit réel, et que le connaissement soit conforme à la police, pour que l'assurance doive sortir à effet.

200. — Cependant il est des hypothèses où l'omission et l'inexactitude de la déclaration à cet égard peuvent entraîner la nullité. Aussi devons-nous faire remarquer que, malgré les énonciations de la police, les assureurs sont toujours admis à agiter la question de propriété, lorsque la connaissance du véritable propriétaire peut influer sur le sort du contrat [3].

201. — L'assurance réalisée par un créancier privilégié ou non, sur les effets de son débiteur, est-elle valable?

Pardessus enseigne l'affirmative. Il pense que dans ce cas le créancier est présumé le mandataire du propriétaire, son débiteur.

Nous ne saurions admettre cette doctrine. En droit, il est de principe que le mandataire oblige son mandant pour tout ce qu'il a fait dans la limite de ses pouvoirs. Or, cet effet pourrait-il se produire dans l'espèce? Les assureurs pourraient-ils faire condamner le propriétaire de l'objet assuré au payement de la prime stipulée par son créancier? Celui-ci aura-t-il le droit de la répéter après l'avoir payée?

Notre première question n'est pas de pure hypothèse. Le créancier qui a fait assurer peut, avant le payement de la prime, tomber en déconfiture, devenir insolvable. Comment, dans

[1] T. III, p. 296.
[2] Valin, sur l'article 3; Émérigon, t. I, p. 53.
[3] Aix, 7 janvier 1823; *Journal du Palais*, année 1823.

ce cas, les assureurs obtiendront-ils leur payement?

Diront-ils que le propriétaire a donné un mandat tacite? Mais celui-ci répondra avec succès que s'il n'a pas lui-même fait assurer, c'est qu'il n'a pas cru qu'une assurance fût nécessaire, ou qu'il a considéré comme plus avantageux de courir pour son propre compte les chances de la navigation, et de gagner ainsi lui-même la prime plus ou moins considérable qu'il aurait fallu payer aux assureurs. En présence d'une pareille déclaration, d'une volonté de ce genre suivie d'exécution conforme, comment présumer un mandat contraire?

Qu'on y prenne garde d'ailleurs. L'admission du mandat tacite, en matière d'assurances, deviendrait bientôt une arme terrible contre les assureurs eux-mêmes; on sait, par exemple, que le propriétaire qui fait assurer doit au moment de l'assurance faire connaître toutes les circonstances de nature à influer sur le risque; que cette obligation existe alors même que l'assurance, ayant été contractée par mandataire, n'exige pas le concours personnel de l'assuré; que, dans ce dernier cas, la dissimulation d'un fait essentiel, connu de celui-ci, constitue la réticence dolosive, alors même que le mandataire ne l'a pas lui-même connu. Or, dans le système du mandat tacite, à quelle date en placera-t-on l'origine? comment reconnaîtra-t-on s'il est antérieur ou postérieur à l'accomplissement et à la connaissance du fait constituant la réticence? Et ce qui est possible lorsqu'il existe une lettre d'ordre, pourra-t-on le faire dans un cas de mandat tacite?

La réponse est facile. Il est clair en effet que bien souvent on exciperait de la qualité de créancier et conséquemment du mandat tacite, ne fût-ce que pour se dispenser de produire la lettre d'ordre, surtout lorsque par sa date, par son contenu, cette lettre serait de nature à prouver une réticence et à déterminer ainsi la nullité de l'assurance.

Le système du mandat présumé ou tacite ouvrirait donc une large porte à la fraude. On doit dès lors se hâter de le proscrire, dans l'intérêt des assureurs eux-mêmes.

En droit, ce système est insoutenable, soit qu'on l'envisage sous l'influence du droit commun, soit qu'on le rapproche des principes spéciaux de la matière.

Invoquerait-on en droit commun la disposition de l'article 1166, en faisant remarquer l'intérêt qu'avait le créancier à ce que l'assurance préservât de tout péril le gage de sa créance? Mais ce serait méconnaître le véritable caractère de cette disposition et vouloir lui donner une extension dont elle n'est pas susceptible.

Il est de principe, en effet, qu'il est des actes exclusivement réservés au débiteur, des droits qui sont tellement inhérents à sa personne, qu'ils ne peuvent être exercés que par lui seul. Dans le nombre, se place incontestablement le droit d'administrer sa fortune dont l'exercice n'a et ne peut avoir d'autre juge que lui-même. Aucun majeur ne peut être privé de ce droit, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et notamment dans ceux d'interdiction pour cause de démence ou par suite de condamnation criminelle, ou de faillite.

Or, contracter ou non une assurance, n'est-ce pas administrer sa fortune? La chance aléatoire qui en fait la base permet-elle de juger *a priori* si le débiteur a bien ou mal fait de s'en abstenir? Il est sans doute prudent de prévoir un sinistre et de chercher à se mettre à couvert de ses conséquences. Mais si le voyage réussit, le défaut d'assurance aura été avantageux au débiteur, en l'affranchissant du payement d'une prime quelconque. L'article 1166 n'a donc pas été admis pour régir une matière pareille. Ne pas faire assurer constitue tout au plus une imprévoyance, et la loi qui défend une inaction évidemment nuisible aux créanciers, n'a pu songer à les autoriser à suppléer à l'imprévoyance que leur débiteur commet dans l'administration de ses biens.

Essayerait-on de l'article 1167? voudrait-on faire considérer l'inaction du débiteur comme une fraude contre ses créanciers? Ce système serait insoutenable. Courir soi-même les chances d'un voyage maritime ne peut jamais caractériser une fraude, car c'est là une faculté que la loi n'a jamais interdite à personne. Or, on ne saurait commettre une fraude lorsqu'on ne fait qu'user d'un droit qu'il vous est loisible d'exercer.

De quoi d'ailleurs pourrait justement se plaindre un créancier, fût-il privilégié sur la marchandise à assurer? De deux choses l'une : ou il a connu au moment de la vente ou du prêt la destination de l'objet affecté à sa créance, et, s'il le jugeait utile, il devait stipuler l'obligation pour son débiteur de faire l'assurance ou, mieux encore, obtenir le mandat exprès de la contracter lui-même; ou il a ignoré cette destination, et, dans ce cas, comme en négligeant dans le premier la précaution dont nous venons de parler, il a volontairement suivi la foi de son débi-

teur, et couru les chances du mode d'administration qu'il plairait à celui-ci de choisir.

Que si des principes ordinaires nous passons à ceux régissant spécialement les assurances, nous acquérons de plus fort la conviction que l'assurance par le créancier des facultés appartenant à son débiteur ne saurait constituer un de ces actes dont l'article 1166 confère la faculté aux créanciers d'un individu. L'assurance, en effet, affecte la chose qui en fait l'objet. Le payement de la prime est privilégié sur les effets assurés [1]. Consentir la promesse de ce payement, c'est donc aliéner une portion de la chose elle-même. Comment concilier un tel pouvoir avec l'absence de toute idée de propriété? Pour accueillir le système que nous combattons, il faudrait donc admettre que, par la disposition de l'article 1166, la loi a permis au créancier de disposer des biens de son débiteur, sans son concours et sans l'intervention de la justice?

Il y a plus encore. En cas de sinistre dépassant le règlement d'avarie, le payement de l'assurance ne peut être poursuivi qu'après le délaissement des effets échappés au naufrage. Il est de l'essence de ce délaissement de transférer la propriété de ces effets aux assureurs en échange du prix qu'ils ont reçu dans le contrat. Les qualités requises pour consentir ce délaissement sont donc, chez celui qui est appelé à le faire, d'abord qu'il ait été partie en l'assurance, ensuite qu'il ait la propriété de ce qui en a fait l'objet pour pouvoir la transmettre.

Or, dans l'espèce donnée, sera-ce le créancier qui consentira le délaissement? Mais il n'a aucun droit d'aliéner ce qui n'est pas sa propriété. Le transfert qu'il en aurait fait serait frappé d'une nullité radicale, comme constituant la vente du fonds d'autrui. Sera-ce le débiteur? Mais à quel titre? Étranger à l'assurance, serait-il recevable à exiger des assureurs ce que ceux-ci n'ont jamais été obligés de lui donner? On le voit donc, le délaissement serait impossible et conséquemment l'assurance ne pourrait jamais sortir à effet. Elle est donc nulle.

Nous pensons avoir démontré que l'opinion de Pardessus est inadmissible. Il faut donc conclure des termes de l'article 348 que, pour contracter valablement une assurance, il faut être ou le propriétaire, ou le mandataire du propriétaire des objets assurés.

202. — Il importe de remarquer que la déclaration que l'on agit comme mandataire peut avoir son utilité dans le cas surtout où il s'agit de prouver, par la date de la lettre d'ordre, que le mandant connaissait avant l'assurance une circonstance importante qui aurait été tue aux assureurs. Nous avons dit que cela suffirait pour constituer le dol présumé, alors même que le mandataire eût été dans l'ignorance la plus complète et que conséquemment la réticence ne pût lui être imputée. C'est à bon droit cependant qu'on n'a pas fait de cette déclaration une condition essentielle à la validité de l'acte. Les assureurs ayant la faculté d'agiter la question de propriété, même dans le cas où l'assurance est contractée pour le compte de qui il appartiendra [2], arriveront facilement à apprécier la qualité en laquelle a agi le souscripteur de la police; et s'il n'a joué que le rôle de commissionnaire, la nécessité de communiquer la lettre d'ordre, s'il en existe de spéciale, leur assure l'exercice de leurs droits contre le réclamant.

203. — L'article 348 ne fait pas un devoir au commissionnaire de faire connaître le nom de son mandant. Il est cependant un cas où le silence, gardé sur ce point, constitue une réticence dolosive. Ainsi si le propriétaire de qui l'ordre d'assurer émane appartenait à une nation belligérante, l'assurance dans laquelle il ne serait pas indiqué serait frappée de nullité, comme entachée d'une réticence dolosive [3].

3° — *Le nom et la désignation du navire.*

204. — La connaissance du navire qui doit être l'objet ou le lieu du risque est un des éléments essentiels de l'assurance. C'est par elle que les assureurs apprécieront les chances de l'opération par le plus ou moins de dangers qu'offrent les qualités du navire, sa construction, son âge. Conséquemment, si l'assuré a inexactement signalé le nom du navire, l'assurance qui a été consentie sur le corps de ce même navire est évidemment nulle. La fausseté de la déclaration, son inexactitude même, crée une présomption de dol. Dans la même hypothèse, l'omission du nom enlèverait tout aliment au risque et annulerait par conséquent l'assurance.

205. — Quel est l'effet de l'omission du nom et de la désignation du navire, lorsque l'assurance a pour objet des effets ou marchandises?

[1] Rouen, 5 décembre 1807. D. A., t. II, p. 58.
[2] Aix, 7 janvier 1823.
[3] Bordeaux, 18 février 1823; Aix, 26 juin 1826; D. A., t. II, p. 67, et *Journal du Palais*, année 1826; Orléans, 7 janvier 1845; *Journal du Palais*, t. I, 1845, p. 171.

La première ne doit pas, au sentiment de Pardessus, entraîner la nullité de l'assurance. L'assureur, dit-il, qui accepte la police en l'état de cette omission, est censé s'en être rapporté à l'assuré sur le choix du navire [1]; il devrait en être de même du défaut de désignation.

Cette solution nous paraît renfermer une exacte appréciation de l'esprit de la loi. Il n'y a de réticence présumée dolosive que celle qui s'exerce sur un fait ignoré ou qui a dû nécessairement l'être de l'assureur. Si la réticence est l'œuvre commune des parties, il y aurait rigueur extrême à n'en punir qu'une seule. L'assureur ne doit pas être récompensé de sa propre négligence. Or, il s'en convaincrait lui-même, si, ayant intérêt à connaître le nom et la désignation du navire, il a accepté une police sans exiger cette double indication.

206. — Mais on ne saurait décider de même si, sans omettre le nom du navire, on avait fait à cet égard une fausse déclaration ou commis une inexactitude. L'indication entachée de ce vice constituerait une nullité radicale sous un double rapport : 1° pour réticence dolosive, en vertu de l'article 348; 2° en ce que l'assuré n'ayant aucun risque à bord du navire déclaré, l'assurance n'aurait jamais eu d'aliment réel.

207. — Toutefois on doit remarquer que si l'erreur ou l'inexactitude ne consistait que dans l'omission d'un des noms du navire, et qu'il fût possible par les circonstances ou les énonciations de la police d'en établir l'identité, il n'y aurait pas lieu d'annuler l'assurance. Il ne faut pas, dit Valin [2], pointiller sur le nom du navire; ainsi l'assurance faite sur *le brigantin le Lion Heureux*, désignée dans la police sous le nom seulement du *brigantin l'Heureux*, a été déclarée valable par arrêt d'Aix, du 2 mai 1750. Telle est aussi l'opinion de Casaregis : *Error tamen alicujus nominis navis, non attenditur quando aliis conjecturis constat de identitate navis* [3].

208. — La force du navire, son âge, ses qualités sont tout autant de circonstances essentielles de la navigation. Toute fausse déclaration à cet égard influerait donc sur l'opinion du risque et annulerait l'assurance. Ainsi désigner le navire comme un trois-mâts, dire qu'il est nouvellement sorti des chantiers, lorsqu'en réalité il s'agit d'un brick ou d'un tout autre navire qui navigue depuis longtemps, c'est placer l'assurance sous le coup de la disposition de l'article 348 [4].

Plus un navire a un tonnage supérieur, plus l'équipage est nombreux et capable par conséquent, par la promptitude de la manœuvre, de parer à un besoin urgent. On comprend de même qu'un navire, déjà fatigué par une longue navigation, opposera une résistance moins vive que celui qui est encore intact. La prime exigée ou à exiger se calculera sur ces données, et si celles fournies à l'assureur ne sont pas exactes, celui-ci aura été placé vis-à-vis de l'assuré dans une position défavorable, et nous avons vu qu'il ne doit jamais en être ainsi.

De ces considérations résulte cette conséquence, que si l'erreur dans la désignation est en sens inverse de celle que nous venons d'indiquer; si, par exemple, un trois-mâts avait été qualifié de brick, si un vaisseau sorti actuellement du chantier avait été indiqué comme naviguant depuis un temps plus ou moins long, on pourrait ne pas voir là la fausse déclaration punie par l'article 348, et décider que l'inexactitude de la désignation n'a ni diminué, ni changé le risque.

L'obligation de désigner le navire comprend celle de déclarer s'il est armé en course. Cette déclaration a pour but d'éclairer les assureurs sur le degré du risque à assurer. Loin de fuir le danger, un navire armé en course le recherche, les chances de sinistre sont ainsi plus nombreuses; taire cette circonstance serait donc commettre une réticence dans le sens de l'article 348.

Une désignation non moins importante est celle du pavillon et de la nationalité du navire. Une fausse énonciation à ce sujet pourrait entraîner la nullité de l'assurance. Si même un navire étranger, acheté par un Français, n'avait encore obtenu qu'une *francisation* provisoire de la part du consul français du lieu où l'achat a été fait, cette circonstance devrait être déclarée, ce navire pouvant, dit M. Dageville, éprouver des avaries dont un navire français serait à l'abri [5]. L'assureur serait fondé à s'affranchir des suites de pareils accidents, si le navire lui avait été désigné purement et simplement comme français.

209. — L'obligation de déclarer le nom et la désignation du navire cesse, lorsqu'il a été impossible à l'assuré de le connaître. Telle est l'hypothèse prévue par l'article 337 d'un charge-

[1] N° 806. Voy. Boulay-Paty, t. III, p. 320.
[2] Sous l'article 3.
[3] *Discurs.* 1, n° 159.
[4] Valin, sous l'article 3.
[5] T. III, n° 59.

ment fait aux Échelles du Levant, aux côtes d'Afrique et autres parties du monde, pour l'Europe. Comme on peut dans ce cas ignorer quel sera le navire sur lequel le chargement s'opérera, l'assurance peut être stipulée *in quovis;* ce mot, dit Émérigon, est une espèce de désignation implicite du navire, laquelle suffit, attendu la nécessité des circonstances [1]. L'article 337 n'en exige pas d'autre.

4° — Le nom du capitaine.

210. — L'indication du nom du capitaine est utile sous un double rapport. En premier lieu, elle complète la désignation du navire; elle peut, en second lieu, influer sur l'opinion du risque par l'idée favorable que le commerce a pu concevoir de l'habileté, des talents et du mérite de celui qui commandera le navire.

211. — Comme pour les désignations qui précèdent, il faut distinguer, pour ce qui concerne le capitaine, l'omission de la fausse indication. La première ne fait pas présumer le dol, elle est d'ailleurs imputable à l'assureur comme à l'assuré. Aussi la doctrine et la jurisprudence ont-elles consacré le principe enseigné par les anciens jurisconsultés, à savoir : que l'assureur, qui aurait accepté une police dans laquelle le nom du capitaine serait omis, ne pourrait plus tard en demander la nullité à cause de cette omission [2].

Mais il en serait autrement pour l'inexactitude ou la fausseté de l'indication. Par cela seul qu'une plus grande confiance peut s'attacher à tel ou tel nom, l'assureur se trouverait réellement trompé si, au lieu d'être commandé par le capitaine désigné, le navire l'était réellement par un autre. La preuve de l'erreur ou de la fausseté donnerait donc naissance à la présomption du dol.

212. — Il y a plus encore; si le capitaine désigné commandait réellement le navire et qu'il eût été remplacé après l'assurance, l'assuré ne pourrait se soustraire à la demande en annulation. Mais ce principe reçoit exception : 1° dans le cas où le changement est le fait des armateurs étrangers à la police d'assurance; 2° si la cause du changement provient d'une force majeure, comme la démission, la maladie, le décès ou l'emprisonnement du capitaine; 3° si la police renferme la clause *ou tout autre pour lui.*

La loi n'a pu vouloir l'impossible, il suffit que l'assuré réponde de son fait. Aller au delà, c'était exiger une iniquité. Les deux premières exceptions sont donc parfaitement rationnelles. La troisième n'est pas moins juste, elle n'est que la conséquence de la latitude que l'assureur lui-même a reconnu à l'assuré.

Toutefois, cette latitude doit se renfermer dans des limites équitables et naturelles. Elle ne va pas, par exemple, jusqu'à autoriser le choix d'un capitaine, auquel on n'aurait eu que peu ou point de confiance, s'il avait été connu. Spécialement le remplacement d'un capitaine français par un étranger pourrait motiver l'annulation de l'assurance [3].

213. — La clause *ou tout autre pour lui* ferait-elle disparaître l'effet de la fausse déclaration ?

On pourrait dire pour la négative que la faculté de remplacer le capitaine n'a été considérée que comme une précaution dont l'assureur a pu croire qu'on s'abstiendrait; que conséquemment on l'a trompé, en lui laissant entrevoir une chose impossible, le capitaine indiqué ne pouvant continuer de diriger pendant un temps quelconque un navire qu'il ne commandait pas, qu'il n'a peut-être jamais commandé. Mais l'idée que la connaissance du capitaine a pu influer sur l'opinion du risque n'est qu'une présomption devant, comme toutes les présomptions, s'évanouir en présence de la preuve contraire. Or il est vrai que l'admission de la clause *ou tout autre pour lui* indique, de la part de l'assureur, une complète indifférence sur celui aux mains de qui le navire sera confié. Il ne pourrait donc soutenir avec quelque fondement que la fausse déclaration qui lui en a été faite a altéré ou changé le risque.

Le remplacement du capitaine, hors des cas exceptionnels ci-dessus indiqués, constituerait une présomption de dol déterminant la nullité de l'assurance. Toutefois cela n'est absolument vrai que dans l'hypothèse où le changement a été effectué subrepticement et à l'insu des assureurs. Aussi doit-on distinguer entre celui qui a été effectué après le départ du navire, de celui qui a eu lieu avant. Le premier n'est sans influence sur l'assurance qu'en cas de nécessité constatée. Le second, au contraire, serait de nul effet sur la validité du contrat si, l'ayant su et connu, les assureurs n'avaient pas réclamé avant le départ du navire.

L'impossibilité de connaître le navire à bord duquel se trouvera le risque, dans le cas prévu

[1] T. I, chap. II, sect. VII, p. 54.
[2] Pothier, n° 106. *Observations de la cour de cassation.*
[3] Casaregis, *Disc.* 63, n° 6; Valin, sur l'article 52.

par l'article 337 du Code de commerce, entraîne celle de connaître le capitaine. L'assurance faite *in quovis* est valable, malgré l'absence de déclaration à cet égard.

5° — *Le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées.*

214. — L'omission de cette indication serait de nul effet si le temps du risque était fixé dans la police. Il est certain alors que tout le chargement doit être opéré au moment où ce risque commence. En d'autres termes, si les obligations des assureurs partent à la sortie d'un port déterminé, il est évident que ce port a dû être le lieu du chargement, et que tout ce qui aurait été chargé postérieurement à la sortie du navire ne pourrait être compris dans l'assurance.

215. — Il n'en serait pas de même si l'assuré avait inexactement déclaré le lieu du chargement. Cette inexactitude pourrait, si elle était de nature à influer sur l'opinion du risque, constituer la présomption de dol pour fausse déclaration.

Ainsi, l'assurance prise sur les facultés chargées ou à charger à bord d'un navire de sortie d'un port désigné, tandis que le chargement avait été embarqué antérieurement sur le même navire dans un autre port plus éloigné, est nulle à l'égard des assureurs, soit pour défaut d'identité, soit pour fausse déclaration ou réticence de la part de l'assuré [1].

Il y a, en effet, dans cette hypothèse, plus qu'une omission sur le lieu du chargement; il y a, en outre, le silence gardé sur un fait accompli, connu de l'assuré, et qui devait conséquemment être connu des assureurs. Il n'y a égalité parfaite entre les parties que lorsque toutes les circonstances, se rapportant à la matière du contrat, ont pu réciproquement être appréciées.

Ainsi si, au lieu d'omettre seulement le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées, on le désigne inexactement ou faussement, il y a nullité pour fausse déclaration; il y a plus encore en réalité, il n'y a jamais eu d'assurance. On ne pourrait pas plus, dit Dalloz jeune, appliquer à des cotons, par exemple, chargés en un lieu, l'assurance faite sur des cotons chargés en un autre lieu, qu'on ne pourrait appliquer à des balles de coton marquées A. B. une assurance faite sur des balles marquées M. C. [2].

[1] Aix, 22 mai 1836; Clariond, t. XVI, 1, 102.

6° — *Le port d'où le navire a dû partir; les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger; ceux dans lesquels il doit entrer; les temps auxquels les risques doivent commencer et finir.*

216. — Ces diverses indications sont essentielles à la validité de l'assurance. Elles se rapportent, en effet, à la navigation du navire, c'est-à-dire au point culminant pour l'appréciation de la prime que les assureurs doivent exiger.

La déclaration du port d'où le navire a dû partir ne serait pas indispensable si, au moment de l'assurance, le navire était ancré dans un port déterminé et que le temps du risque dût commencer à son départ. Mais souvent l'assurance est contractée lorsque le navire est déjà en cours de voyage, et la désignation du port d'où il a dû sortir acquiert un degré d'importance incontestable. Toute omission à cet égard constituerait une réticence dolosive entraînant la nullité de l'assurance.

217. — On ne doit pas entendre, par la déclaration exigée à cet égard par la loi, l'accomplissement d'un fait matériel, la désignation du port d'où le navire est réellement sorti. L'obligation imposée à l'assuré comprend virtuellement celle de faire connaître le jour du départ et toutes les circonstances qui ont depuis signalé la navigation du navire. C'est ce qu'a décidé le tribunal de Marseille dans l'affaire Argenti, et c'est aussi ce que consacre la jurisprudence des cours souveraines.

218. — Dans une espèce jugée par la cour d'Aix, une assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles avait été contractée sur le corps du navire danois *la Rosalie* pour un voyage de Lisbonne à Trieste. Le risque était mis à la charge des assureurs à partir des jour et heure auxquels le navire *a ou aura pris charge*, ou soit du moment de son départ de Lisbonne.

Il résultait de la lettre d'ordre, produite après délaissement, qu'au moment de l'assurance les assurés savaient que le navire était parti de Lisbonne depuis deux mois et demi; que le capitaine n'avait plus donné depuis lors de ses nouvelles. Les assureurs, considérant le silence gardé sur ces deux points comme une réticence dolosive, demandent la nullité de l'assurance.

Cette demande, que les assurés repoussaient par des moyens de fait et de droit, notamment en se fondant sur la clause *sur bonnes ou mauvaises nouvelles*, et sur ce que le taux de la prime avait

[2] *Dictionnaire général, Assurances*, n° 88.

été fort élevé, fut accueillie par la cour dans les termes suivants :

« Considérant que la réticence prévue par l'article 348 a été commise, puisque les polices d'assurance présentent le risque à partir des jour et heure auxquels le navire A ou AURA pris charge, ce qui a laissé les assureurs dans l'incertitude si le navire était ou non parti, tandis que Cazalis et Tutein, qui ont fait assurer, avaient connaissance, par la lettre d'ordre datée de Hambourg le 16 août, que le navire était parti depuis le 22 mai et que le capitaine n'avait donné depuis lors aucun signe de vie ; ce qui ne permet pas de douter que l'opinion du risque a été réellement déguisée aux assureurs. . . . .

« Considérant que la clause sur bonnes ou mauvaises nouvelles ne couvre pas la réticence qui a été commise ; que le contrat d'assurance n'est valable qu'autant qu'il y aurait de part et d'autre ignorance de toutes les circonstances sur l'opinion du risque [1]. »

Deux arrêts postérieurs de la même cour sont venus consacrer les mêmes principes en décidant, le 14 janvier 1826, que l'assurance est nulle pour cause de réticence si, connaissant l'époque du départ du navire au temps du contrat, l'assuré ne l'a pas déclarée [2] ; en jugeant, le 17 juillet 1829, qu'il y a réticence, et conséquemment nullité du contrat de réassurance, lorsque les réassurés laissent ignorer aux réassureurs que le navire, objet de la convention, comptait, à l'époque du premier contrat, quatre-vingt-trois jours de navigation [3].

219. — Même jurisprudence de la part de la cour de Bordeaux qui a annulé l'assurance contractée dans l'espèce suivante :

Le 21 ventôse an VI, Roi et Laguigneux font assurer la barque *le Cerf*. Le courtier d'assurance déclare que cette barque n'a descendu la rivière que depuis quatre à cinq jours.

Le 23 ventôse, c'est-à-dire deux jours après, les assurés signifient le délaissement de cette barque, capturée par les Anglais dès le 11 du même mois. Mais les assureurs contestent le délaissement pour réticence et fausse déclaration sur le jour du départ. Ils concluent, en conséquence, à la nullité de l'assurance.

C'est, en définitive, ce qui fut consacré, par arrêt du 4 fructidor an VIII, par les motifs suivants :

« Considérant que l'assurance n'a été faite que le 21 ventôse ; que le bâtiment était en mer depuis le 10 ; que non-seulement les assureurs n'ont pas été instruits de cette circonstance déterminante qu'on leur avait dissimulée, mais qu'on leur a affirmé que ce bâtiment n'était descendu que depuis quatre à cinq jours [4]. »

Enfin, la même cour vient de juger qu'il y a véritable réticence de la part de l'assuré qui se borne à déclarer simplement que le navire, objet de l'assurance, est de relâche dans un port, sans annoncer que la relâche est forcée par les événements de mer et que le navire, encore hors du port, se trouve dans une situation périlleuse [5].

220. — On voit, par ce qui précède, de quelle manière il faut comprendre l'obligation de déclarer le port d'où le navire a dû partir. Une désignation pure et simple suffit si le navire n'était pas encore parti au moment de l'ordre où à l'époque de l'assurance. Mais si celle-ci est contractée pour un navire en cours de voyage, c'est le récit exact de sa navigation, le moment de son départ et les diverses contrariétés qu'il a éprouvées.

Ici l'omission pure et simple équivaut à la réticence prévue par l'article 348. On ne saurait, en effet, l'imputer aux assureurs que la loi n'oblige à connaître que ce qui leur est déclaré et qui peuvent être de très-bonne foi dans l'ignorance absolue concernant le navire qu'ils assurent.

221. — La seconde obligation imposée à l'assuré par le paragraphe actuel, est de déclarer les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger, ceux dans lesquels il doit entrer.

L'entrée dans les ports ou rades présente toujours plus ou moins de périls pour les navires. La sortie elle-même n'est pas toujours sans inconvénients ; le séjour au milieu d'une foule d'autres navires peut quelquefois déterminer une catastrophe. Ces chances, pour être plus ou moins éloignées, plus ou moins probables, ne laissent pas d'exister. Elles entrent, comme éléments essentiels, dans l'appréciation à faire par l'assureur.

C'est à l'assuré à lui fournir ces éléments. Lui seul, en effet, connaît le secret de ses opérations et l'itinéraire que doivent suivre ses marchandises ou son navire. Il doit d'ailleurs, et lorsque le navire ne lui appartient pas, s'informer exactement de la destination qu'il a reçue.

Conséquemment, s'il déclare assurer pour un

[1] Dalloz A., t. II, p. 61.
[2] *Journal du Palais*, année 1826.
[3] Dalloz, t. 29, 2, 221.
[4] D. P., 23, 2, 142.
[5] 7 avril 1835 ; *Journal du Palais*, année 1835.

voyage de tel port à tel autre, l'assurance ne sera valable que si le navire se dirige directement de l'un sur l'autre. S'il aborde un ou plusieurs ports intermédiaires, s'il dépasse le point d'arrivée, s'il rétrograde, le silence gardé à cet égard dans la police constitue une réticence prévue et réprimée par l'article 348.

222. — Ce principe reçoit exception :

1° Si l'entrée dans les ports intermédiaires, si l'obligation de dépasser le point d'arrivée ou de rétrograder n'est que la conséquence d'une fortune de mer. Il y a alors force majeure que personne ne pouvait prévoir, que l'assuré ne pouvait, dès lors, être tenu de déclarer. Mais on comprend que l'assuré qui exciperait de cette force majeure pour repousser la nullité fondée sur la réticence, serait obligé d'en rapporter la preuve.

2° Si l'assurance est contractée pour un temps fixe et pour tel voyage qu'il plaira à l'assuré d'entreprendre. L'assureur qui a accepté ces conditions ne pourrait se plaindre d'une réticence, car puisque, à l'époque où l'assurance est contractée, l'assuré n'est pas lui-même fixé sur les voyages à entreprendre, on ne saurait raisonnablement exiger de lui ni le nom du port d'où le navire a dû sortir, ni ceux où il chargera ou déchargera, ni, enfin, ceux où il doit entrer.

Cependant si, au moment du contrat, le navire qui en fait l'objet était en cours de voyage, l'assuré doit indiquer le port d'où il est sorti. La connaissance de ce fait peut être essentielle à l'appréciation du risque. C'est là, d'ailleurs, un fait accompli dont l'assuré a une connaissance parfaite. Il peut donc, et il doit le communiquer à l'assureur, ainsi que toutes les circonstances se rattachant à la navigation depuis le départ jusqu'à l'époque de l'assurance. L'omission de cette formalité constituerait la réticence présumée dolosive.

3° Si l'assuré s'est réservé la faculté de faire échelles. La conséquence de cette clause de la police est de permettre de toucher aux ports situés entre le point du départ et celui d'arrivée. Mais cette faculté ne comprend pas celle de rétrograder ni de dépasser celui-ci. Le sinistre survenu en exécutant l'un ou l'autre de ces mouvements resterait pour le compte de l'assuré. Il en serait de même si le navire s'écartait de la ligne directe et entrait dans un port que celle-ci devait lui faire éviter.

223. — Enfin le moment à partir duquel le risque doit être à la charge des assureurs doit être fixé, ainsi que le moment où le risque doit finir. Mais ces désignations ne sont pas de rigueur. La loi elle-même a pourvu à leur omission dans les articles 341 et 328 du Code de commerce. Ainsi, à l'égard du navire, des agrès, apparaux, armement et victuailles, le risque court du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré et amarré au port ou lieu de sa destination. A l'égard des marchandises, le temps des risques court du jour qu'elles ont été chargées dans le navire ou dans les gabares pour les y porter, jusqu'au jour où elles seront délivrées à terre.

224. — Cette disposition ne modifie en rien les obligations imposées aux assurés. Ils n'en sont pas moins tenus, sous peine de réticence, de déclarer tout ce qu'ils ont appris de l'état du navire, depuis le jour de son départ jusqu'au moment où ils contractent l'assurance.

Rappelons-nous, en effet, que l'esprit de la loi ne saurait être plus évident. Pour que l'assurance soit valable, il faut que les deux parties soient dans une égalité parfaite de position, relativement au risque qui en fait l'objet. Toutes les fois donc que cet équilibre n'existera pas, la convention sera présumée le résultat du dol et, comme telle, frappée de stérilité et d'impuissance.

Aussi la jurisprudence n'a-t-elle jamais varié dans l'application et l'interprétation des articles 332 et 348 du Code de commerce. Que la loi ait ou non expressément exigé la déclaration d'un fait, il suffit que ce fait soit de nature à influer sur l'opinion du risque, pour que l'assuré doive le déclarer, sous peine de nullité de l'assurance. De nombreux exemples prouvent l'exactitude de cette proposition.

Ainsi il a été admis et jugé :

1° Que le réassuré qui n'a pas fait connaître aux réassureurs les bruits, même vagues, qui couraient sur la perte du navire assuré à l'époque du contrat, et dont il avait connaissance, commet une réticence de nature à entraîner la nullité de l'assurance [1] ;

2° Que l'assuré qui sait au moment de l'assurance que deux navires, partis quatre jours après le sien du lieu désigné dans la police, sont arrivés depuis deux jours au même lieu de destination, commet une réticence dolosive, s'il ne déclare pas ce fait aux assureurs, lorsque d'ailleurs un court trajet sépare le lieu du départ du lieu de la destination [2] ;

[1] Aix, 8 octobre 1813, D. A., 2, 63.

[2] Aix, 9 février 1830 ; D. P., 30, 2, 232.

3° Que la seule dissimulation des inquiétudes que peut avoir, lors du contrat d'assurance, le consignataire d'un navire qui connaît le jour du départ, et qui sait que la durée ordinaire de la traversée est de beaucoup dépassée sans que le navire soit arrivé à sa destination, constitue une réticence qui doit faire annuler l'assurance commise par le consignataire, et faite par son mandataire [1];

4° Que l'assuré qui sait que ses marchandises ont été placées sur le tillac commet une réticence, dans le sens de l'article 348, s'il omet de le déclarer aux assureurs. Ce fait exposant les marchandises à un plus grand danger, soit par rapport aux intempéries des saisons, soit par rapport au jet à la mer, est de nature à influer sur l'opinion du risque [2].

Nous pourrions multiplier les hypothèses, car la doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur le point que nous indiquions tout à l'heure, à savoir : que l'assuré est obligé de déclarer tout ce qu'il sait sur ce qui concerne la navigation du navire, objet ou porteur du risque; que sa déclaration doit renfermer l'exacte vérité. N'oublions pas en effet que la fausse déclaration est placée sur la même ligne que la réticence, et que l'on ne doit pas témoigner moins de sévérité pour l'une que pour l'autre.

Il est évident, en effet, que le résultat pour les assureurs est le même, soit que l'erreur dans laquelle on les a jetés provienne de l'omission, soit qu'elle provienne d'une fausse déclaration. Ils ont donc le droit de faire prononcer la nullité du contrat, dans l'une comme dans l'autre hypothèse.

C'est ce qui est prescrit par l'article 348, d'où la doctrine a tiré cette conséquence que l'obligation de faire une déclaration exacte est absolue; qu'elle s'étend même au cas où cette déclaration porterait sur un fait que l'assuré n'était pas obligé de déclarer. Ainsi il n'est pas d'usage, dans les polices d'assurance, de faire mention du nombre d'hommes et des canons d'un navire; cependant l'assuré qui croirait devoir déclarer l'un et l'autre verrait annuler l'assurance, s'il l'avait fait inexactement [3].

Nous avons parcouru les obligations imposées par la loi aux assurés, et dont l'exécution est garantie par une véritable peine, la présomption de dol, et conséquemment la nullité de l'assurance. Il nous reste à examiner la nature de cette présomption; par qui elle peut être invoquée.

225. — La présomption de dol résultant des circonstances prévues par l'article 348 est *juris et de jure*, c'est-à-dire qu'elle produit tout son effet par cela seul que la réticence, la fausse déclaration ou la différence entre la police et le connaissement existe, elle est donc indépendante de la bonne ou de la mauvaise foi de l'assuré. Vainement donc celui ci se prévaudrait il de la pureté de son intention, vainement offrirait-il la preuve qu'il a été lui-même trompé. Cette preuve devrait être écartée, car l'erreur constatée, la bonne foi certaine n'empêcherait point la nullité de l'acte. Sans cette rigueur, l'article 348 ne serait plus qu'une source de procès difficiles et ruineux.

226. — De plus, cette présomption est exclusivement en faveur des assureurs. Eux seuls peuvent donc l'invoquer. L'assuré ne pourrait, après le voyage opéré, exciper de sa réticence, de sa fausse déclaration, de la différence entre le connaissement et la police, soit pour se soustraire au payement de la prime, soit pour en poursuivre le remboursement. S'il en était autrement, combien d'assurés qui recourraient à ce moyen, dont la découverte n'est pas toujours facile, pour rendre la position des assureurs plus intolérable encore !

Il est un seul cas où la nullité de l'assurance peut être indifféremment demandée par l'assureur ou par l'assuré. C'est lorsque l'assurance est faite après la perte ou l'arrivée à bon port du navire au lieu de sa destination. Si l'assuré connaît la perte, si l'assureur connaît l'arrivée, il n'y a plus d'aliment sérieux au contrat. Son acceptation, comme sa proposition, n'est plus qu'un acte de déloyauté et de mauvaise foi qu'on ne saurait tolérer et moins encore consacrer [4].

227. — En résumé l'assurance, étant un contrat exceptionnel, ne pouvait se comprendre et se pratiquer que par le principe de la bonne foi la plus rigoureuse. Laisser son appréciation sous l'empire du droit commun, c'était livrer les assureurs aux fraudes et à la déloyauté des assurés. Ce résultat, tendant à rendre cette branche d'industrie impossible, était un malheur social par la restriction forcée qu'il amenait dans les expéditions maritimes. On a donc sagement agi en adoptant un système spécial que l'on peut

[1] Rennes, 24 janvier 1844; *Journal du Palais*, 1844, t. I, p. 409.

[2] Pardessus, n° 814; Boulay-Paty, t. III, p. 511.

[3] Delvincourt, t. II, p. 394; Pardessus, n° 330; Boulay-Paty, t. III, p. 510 et 511.

[4] Art. 365-366 du Code de commerce.

réduire aux quatre observations que nous empruntons à Dalloz aîné [1] :

1° L'assuré est toujours dans son tort, toutes les fois qu'il n'a pas fait connaître quelque circonstance essentielle qu'il ne pouvait pas ignorer, que ce soit par fraude, oubli ou simple négligence;

2° Lors même que la réticence ou la fausse déclaration porterait sur des choses que l'assuré n'était pas obligé de déclarer, il en serait responsable si ces choses devaient influer sur l'opinion du risque;

3° C'est à l'assureur seul qu'appartient le droit de demander la nullité du contrat pour cause de réticence ou de fausse déclaration, et, seul aussi, il est chargé d'administrer la preuve des circonstances qu'il allègue;

4° Enfin, c'est aux juges à apprécier si les circonstances non déclarées ont, ou non, influé sur l'opinion du risque.

228. — La preuve de la réticence est à la charge de l'assureur qui s'en prévaut. Ce principe ne pouvait souffrir aucune contradiction; il est en effet certain que, soit que la réticence soit opposée comme exception à l'action en délaissement, soit qu'elle devienne le fondement d'une demande principale en nullité de l'assurance, l'assureur qui en excipe est réellement, quant à ce, demandeur, et qu'en cette qualité il doit justifier sa prétention.

Cette justification peut être écrite ou orale. En effet, la preuve testimoniale est dans ce cas complétement admissible, même en vertu des principes ordinaires. Il est certain que l'assureur n'a pu se procurer une preuve littérale, il est donc placé dans l'une des exceptions autorisées à la règle tracée par l'article 1341.

229. — Il n'en est pas de même de l'assuré qui prétendrait avoir dénoncé le fait constituant la réticence. L'article 1341, qui prohibe la preuve par témoins outre et contre le contenu de l'acte, ou de ce qui aurait été dit avant, pendant ou après, est parfaitement applicable. Car il est incontestable que l'assuré a eu le moyen de se procurer une preuve écrite, qu'il ne se trouve par conséquent dans aucun des cas d'exception, qu'on ne pourrait dès lors le récompenser d'avoir failli à un devoir qui lui était rigoureusement imposé par la loi.

Il est vrai qu'en matière commerciale, l'admissibilité de la preuve orale est de droit commun. Mais on doit excepter de cette règle les actes pour lesquels la loi exige la forme littérale. Ainsi l'existence d'une société commerciale ne pourrait être faite entre associés par la preuve testimoniale : or ce que la loi exige pour les sociétés, elle le prescrit pour les assurances, les unes comme les autres doivent être constatées par écrit.

230. — De là cette conséquence que la police d'assurance, comme l'acte de société, fait, contre et en faveur des parties, foi pleine et entière. L'omission, dans la police de la mention du fait constituant la réticence, établit donc la preuve certaine de la non-déclaration. En présence de cette preuve, en présence surtout de la nécessité d'une déclaration écrite, toute prétention de prouver le fait par témoins serait inadmissible.

C'est ce qui résulte de la jurisprudence. Les arrêts sont unanimes sur les divers points suivants, à savoir : que l'intention des parties ne peut prévaloir sur la lettre ou l'énonciation écrite de la police; que, dans le doute même, la convention doit être interprétée contre l'assuré dans tout ce qui concerne les obligations qui lui sont imposées; qu'il est impossible dès lors d'autoriser la preuve testimoniale.

Cette dernière proposition a été notamment formellement consacrée par l'arrêt de la cour d'appel d'Aix, du 14 avril 1818, que nous avons transcrit plus haut. Dans l'espèce, les assurés soutenaient que les assureurs n'avaient ignoré aucune des circonstances essentielles; ils rapportaient une déclaration du notaire ayant reçu la police, portant que les assureurs avaient été instruits de l'époque du départ du navire et de la lettre d'ordre écrite aux assurés; comme preuve de cette connaissance, ils excipaient du taux élevé de la prime; subsidiairement ils demandaient l'admission de la preuve par témoins.

Mais la cour, après avoir écarté la déclaration du notaire et repoussé les autres considérations, refuse la preuve demandée, considérant que cette preuve était contraire au contenu des polices, et par cela même inadmissible.

Ainsi la police devient la loi suprême des parties. En conséquence, l'assuré qui aura exactement accompli ses obligations devra mentionner dans cette police la relation des faits qu'il a réellement dénoncés aux assureurs. Toute négligence sur ce point le rendrait sans recours possible contre la dénégation, même de mauvaise foi, des assureurs, et la nullité de l'assurance deviendrait forcée par la présomption de dol, résultant de la réticence apparente, sinon réelle.

[1] T. II, p. 61.

SECTION II.

DOL NON PRÉSUMÉ, MODES DE PREUVE.

SOMMAIRE.

231. — Le titre étant présumé sérieux et sincère, c'est à celui qui l'attaque à en prouver l'illégitimité.
232. — Doutes sur le point de savoir s'il fallait admettre la preuve testimoniale.
233. — Origine de cette preuve.
234. — Respect qu'elle inspira aux Grecs et aux Romains.
235. — Notre ancienne jurisprudence suivit les errements du droit romain, jusqu'à l'ordonnance de 1566.
236. — Motifs de cette ordonnance.
237. — Son appréciation par les jurisconsultes de l'époque.
238. — Extension qu'elle a successivement reçue par l'ordonnance de 1669, et enfin par l'article 1341 du Code civil.
239. — Caractère de la prohibition, non applicable au dol.
240. — Cette exception se justifie par les principes.
241. — Est-elle applicable au dol postérieur au contrat.
242. — Arrêt de la cour de cassation établissant la négative.
243. — Il en serait autrement s'il existait un commencement de preuve par écrit.
244. — *Quid* si le porteur du titre querellé, avouant la simulation de la cause, en indique un autre légitime?
245. — Arrêt d'Aix validant le titre en vertu du principe de l'indivisibilité de l'aveu.
246. — Réfutation.
247. — Arrêt contraire de la cour de cassation.
248. — Conditions pour l'admissibilité de la preuve orale.
249. — Première condition. Articulation précise des faits.
250. — Deuxième condition. Pertinence des faits, comment elle s'apprécie.
251. — Appréciation de l'enquête.
252. — Système du droit romain et de notre ancien droit sur le nombre des témoins et la qualité de la preuve.
253. — Système du Code.
254. — La preuve par présomption est recevable dans tous les cas admettant la preuve testimoniale.
255. — Exigence de notre ancien droit sur le nombre des présomptions.
256. — Opinion de Dumoulin et de Domat, du cardinal de Lucca.
257. — Le Code n'exige rien autre que la gravité, la pertinence et la concordance des présomptions. — Appréciation de ces caractères.
258. — Pourrait-on se décider pour la nullité, s'il n'existait qu'une seule présomption?
259. — La preuve par présomptions sera plus ou moins concluante, selon que les faits dont on les induit seront plus ou moins certains.
260. — C'est par l'ensemble des présomptions que le juge doit se décider.

231. — Nous venons de dire qu'en principe l'acte écrit, signé par les parties, est présumé sérieux et sincère; qu'il est censé renfermer leurs véritables intentions. La preuve du contraire enlève au titre ce triple caractère, c'est ce qui se réalise notamment lorsqu'il est justifié que le concours de l'une des parties contractantes est le résultat du dol commis par l'autre.

De là cette conséquence que le porteur du titre n'a rien à justifier, et que c'est uniquement à celui qui prétend le faire anéantir à fournir la preuve du vice dont il le prétend atteint. La difficulté ne peut jamais naître sur le principe, mais sur son exécution. Et c'est ainsi qu'on s'est posé en législation la question de savoir si l'on devait admettre, pour prouver le dol, la preuve testimoniale; en doctrine et en jurisprudence, celle de savoir si cette preuve avait été admise.

232. — La raison de douter se puisait dans la disposition de l'article 1341 qui, dans l'hypothèse donnée, prohibe la preuve testimoniale, même lorsqu'il s'agit d'une somme moindre de cent cinquante francs. Mais le rapprochement de cette disposition des motifs qui l'ont déterminée devait amener la loi, la doctrine et la jurisprudence à résoudre la question par l'affirmative.

Pour juger de l'opportunité de cette décision, il convient de jeter un coup d'œil rapide sur les législations antérieures. Leur connaissance, les modifications qu'elles ont dû successivement introduire dans l'étendue de la preuve orale, justifieront le principe sur lequel l'article 1341 est fondé, en même temps qu'elles indiqueront le véritable caractère de l'exception introduite pour le dol.

233. — L'écriture, c'est-à-dire l'art de peindre la parole et de parler aux yeux, n'a été connue qu'assez tard [1]; et si des signes matériels, tels que l'érection d'un autel, d'un monceau de pierres, la plantation d'un bois, un nom relatif à des faits intéressants donné au lieu qui les avait vus s'accomplir, suffisaient pour transmettre la mémoire des événements importants et constituer les fastes d'une nation [2], il ne pouvait en être ainsi pour les conventions particulières d'individus à individus. C'était donc presque toujours la présence de témoins qui solennisait ces conventions. Nous en trouvons de nombreux exemples dans l'histoire des anciens peuples, et notamment dans l'Écriture sainte [3].

La découverte de l'écriture ne pouvait, dès le principe, exercer une bien grande influence sur cet usage. Indépendamment du préjugé né d'une

[1] Goguet, de l'*Origine des lois*, chap. VI, p. 189.
[2] *Id.*, *ibid.*
[3] *Genèse*, chap. XX, vers. 3 et suiv.

longue expérience, les difficultés que durent rencontrer la pratique et la connaissance de cet art expliquent comment, pendant longtemps encore, on dut recourir à un mode universellement admis. La preuve testimoniale resta donc, même après cette découverte, l'arbitre le plus usuel, le plus fréquent des transactions particulières.

234. — Les législations grecque et romaine portent l'empreinte du respect profond que cette institution, d'abord si utile, avait inspiré. Parvenus à l'époque de leur gloire, les Romains regardaient la preuve testimoniale comme indispensable. *Testimoniorum usus, necessarius est*, disait le *Digeste* [1], et Justinien n'hésitait pas à lui accorder une autorité égale à sa rivale, la preuve écrite : *In exercendis litibus, eamdem vim obtinent tam fidem instrumentorum quam depositiones testium* [2].

Il est vrai qu'à côté de cette prescription s'en rencontre une autre qui semble rejeter la preuve testimoniale en présence d'un titre écrit : *Contra testimonium scriptum, testimonium non scriptum non fertur* [3]. Mais, ainsi que le fait remarquer M. l'avocat général de Corberon, dans une espèce rapportée par Merlin, si cette loi se trouve dans un des livres du Code, c'est qu'elle y a été introduite après la compilation qui en a été faite par ordre de Justinien. On ne sait, en effet, à quel empereur l'attribuer. Cujas, qui l'a tirée des *Basiliques*, pense qu'elle est de l'empereur Antonin. Mais, en l'admettant ainsi, ne faudrait-il pas en conclure qu'elle n'a jamais eu le caractère de loi dans l'empire d'Occident? En effet les *Basiliques*, recueil des lois des empereurs d'Orient, n'étaient, au témoignage de Godefroy, souvent pas obligatoires pour l'Orient même, à plus forte raison ne pouvaient-elles être considérées comme telles pour l'empire d'Occident.

Ce qui le démontre, à notre avis, c'est d'abord la loi que nous avons citée et qui a accordé à la preuve testimoniale la même autorité qu'à la preuve écrite.

C'est en outre la loi 18, au Code, *de testibus*, qui est décisive. Elle nous apprend, en effet, que, préoccupé des inconvénients des témoignages complaisants, *per quos multa veritatis contraria perpetrantur*, le législateur ne trouve pas d'autre remède que d'exiger un plus grand nombre de témoins. Ainsi les débiteurs ne pourraient se prétendre libérés, *nisi quinque testes idonei et summæ atque integræ opinionis presto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum*.

C'est enfin la décision de Justinien sur la préférence que l'on doit accorder à la preuve testimoniale sur le titre même [4], préférence fondée sur ce que celui-ci est muet, tandis que les témoins parlent et répondent : *Hac potissimum ratione ducti, quod instrumentorum testatio sit muta, et quæ interrogata non respondeat. Testium vero probatio semper loquatur, ratiocinetur et sæpius interrogata respondeat* [5].

Il n'est donc pas permis de douter de la haute considération que les Romains ont professée de tout temps pour la preuve testimoniale. Elle était en toute matière complétement recevable, sauf la modification que nous venons d'indiquer.

235. — Il en a été longtemps de même en France. La *Novelle* de Justinien y avait généralement formé le droit commun. On connaît cette maxime de notre vieille jurisprudence : *Témoins passent lettres*.

Mais cet état de choses fut gravement modifié par l'ordonnance de 1566. Ce que Justinien avait cru impossible, Charles IX et son immortel chancelier n'hésitèrent pas à l'exécuter. Dès ce jour, la preuve testimoniale reçut une atteinte profonde, sous le coup de laquelle elle est encore aujourd'hui.

236. — Or il n'est pas sans intérêt, puisque le Code s'est attribué le principe de cette célèbre ordonnance, de rappeler les motifs qui déterminèrent celle-ci. Nous jugerons par là de ce que le nouveau législateur a réellement voulu. Ces motifs se trouvent ainsi consignés dans l'article 54 :

« Voulant obvier à multiplication de faits que l'on a vu ci-devant estre mis en avant en jugements, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvénients et involution de procès. »

Voilà donc l'objet dans lequel il est ordonné que « Doresnavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres une fois payées, seront passez contrat pardevant notaires et té-

[1] L. 1, *de test.*

[2] L. 15, Cod., *de fide inst.*

[3] L. 1, Cod., *de testibus.*

[4] Si vero tale aliud quale in Armenia factum est, ut aliud qui rem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonia, tunc nos existimavimus ea quæ viva voce dicuntur et cum jurejurando, hæc digniora fide, quam scripturam ipsam secundum te subsistere. (*Novella const.*, 73, chapitre III.)

[5] Boiceau, sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins.

moins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve esdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir esté dit et convenu avant icelui, lors et depuis. »

237. — Ces prescriptions rompaient tellement avec les habitudes des masses, qu'au dire de Boiceau elles furent considérées par elles comme dures, odieuses, contraires au droit civil. Mais telle ne fut pas l'appréciation des célèbres jurisconsultes de cette époque. Ils n'hésitèrent pas à sanctionner de leur autorité des dispositions qu'ils jugèrent les plus recommandables de toutes celles que ce siècle avait vues naître : *Nulla, toto hoc seculo, constitutio aut lex regia, sanctior ac probatior visa fuit* [1].

238. — Une longue pratique est venue démontrer la profondeur de ce jugement et sa remarquable justesse. Loin de revenir sur la décision qui le motivait, les législateurs qui se sont succédé en ont corroboré le principe. C'est ainsi que l'ordonnance de 1667 place sous son empire les obligations et la constitution des dépôts; et que l'article 1341 du Code civil l'a mis au rang des dispositions légales qui nous régissent.

239. — De cet historique de la législation sur la preuve testimoniale il résulte qu'on ne saurait équivoquer sur le caractère de la prohibition qui forme aujourd'hui notre droit commun. Ce qu'on a voulu prévenir, c'est la multiplicité des procès sur la nature des accords prétendus par chaque partie, sur la détermination exacte de l'intention des parties contractantes; ce qu'on a recherché, c'est la fixité des conventions, épargnant aux magistrats la perplexité dans laquelle les jettent des explications contradictoires. Évidemment aucune de ces considérations n'est dans le cas d'exercer la moindre influence sur les actions fondées sur le dol. Là, en effet, il ne s'agit plus de rechercher quelle a été l'intention des parties; c'est l'absence de tout consentement légal, c'est l'existence d'un quasi-délit qu'il s'agit d'établir, et, sous ce double rapport, la prohibition de la preuve testimoniale serait irrationnelle. En effet, s'il est bon de prévenir les procès, il est juste d'accorder une exacte réparation à celui qui est indignement trompé, et c'est ce qu'on avait parfaitement admis sous l'ordonnance de 1667 [2].

Au reste, ce qui n'était à cette époque qu'une déduction logique a acquis aujourd'hui un caractère définitif et légal. Ainsi l'article 1347 du Code civil admet la preuve orale contre l'assertion du titre toutes les fois que la partie qui la demande a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite. Cette disposition assigne à celle de l'article 1341 un caractère évident et certain. L'acte ne fait foi entière de son contenu que parce qu'il a été loisible à chacun de ceux qui y ont concouru de faire constater dans l'acte même sa volonté et l'intention qui l'a réellement animé. Il y a donc négligence et imprudence à ne pas l'avoir fait. A quel titre demanderait-on à la loi d'être relevé des conséquences de l'une ou de l'autre?

Que si au contraire celui qui se plaint n'a été ni imprévoyant ni téméraire, si l'absence d'une preuve écrite n'est due qu'à des circonstances qu'il ne lui était pas donné de prévoir, et moins encore d'empêcher, on ne pouvait sans iniquité lui enlever les moyens de se soustraire aux conséquences d'une convention onéreuse autant qu'injuste.

Or, c'est précisément ce qui se réalise lorsque le contrat est le produit du dol. La victime, si elle eût soupçonné les manœuvres dont elle a été l'objet, n'aurait certes pas contracté. Elle les a donc forcément ignorées; elle n'a pu conséquemment s'en procurer une preuve écrite.

240. — L'exception à la prohibition de la preuve testimoniale, en faveur de l'action en dol, se justifie donc par les principes ordinaires. Elle est écrite dans l'article 1348 d'abord, dans l'article 1353 ensuite. Et l'on ne comprend pas que la doctrine ait pu un instant équivoquer sur la pensée si loyale, si évidente de la loi.

241. — Ainsi le dol antérieur ou contemporain de la convention, qu'il soit substantiel ou accidentel, direct ou indirect, positif ou négatif, peut toujours être prouvé par témoins. En est-il de même pour le dol postérieur au contrat?

La question ne serait pas douteuse, s'il fallait la résoudre sous l'influence du droit romain. Les textes d'Ulpien, que nous avons déjà cités, la trancheraient d'une manière fort nette. L'acte de celui qui poursuivait l'exécution d'une convention sans cause était un véritable dol : *Nam quis petit ex ea stipulatione, ipse dolo facit quod petit... Exceptio utique doli mali, ei nocebit* [3].

Cette doctrine était au reste une conséquence des idées des Romains sur la preuve testimoniale et sur la nature des exceptions. Produits du droit prétorien, les exceptions n'avaient été

[1] Boiceau, sur l'ordonnance de 1566.
[2] Jousse, sous l'article 4, n° 5.
[3] *Vid. suprà*, chap. Ier, sect. II, § 4.

imaginées que pour protéger ce qui était équitable contre les rigueurs du droit civil : *Quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id est exceptio.* D'ailleurs le porteur du titre devait en demander l'exécution, et, dans cette instance, le défendeur pouvait obtenir l'*adjectio formulæ,* laquelle, insérée entre l'*intentio* ou la *condemnatio,* avertit le juge de ne pas condamner, même *si paret,* pourvu que le défendeur fasse la preuve de son allégation [1]. L'effet de l'exception n'était donc pas de détruire le droit exercé. Il se bornait à en paralyser l'exercice, lorsque la condamnation du défendeur eût été contraire à l'équité [2].

Notre loi a repoussé toutes ces formalités, toutes ces formules. Il n'y a plus qu'un seul droit commun à tous les citoyens, et ce que ce droit ne prohibe pas est parfaitement légal, alors même que l'équité ne saurait pleinement l'avouer. D'autre part, la preuve testimoniale s'est effacée devant le respect commandé pour le titre écrit et la nécessité d'obtenir une preuve littérale. Ce double principe ne fléchit que lorsque l'existence du titre est attaquée dans son principe même, à cause du vice imputé au consentement.

En conséquence, si dans son origine le contrat a été le résultat de la volonté libre et réfléchie des parties, l'engagement existe, le lien légal a toute sa force, et la présomption est qu'il n'a été créé que pour recevoir son entière exécution.

Vainement le demandeur en nullité prétendrait-il qu'il n'a signé l'acte que parce qu'il était convenu qu'il ne serait jamais exécuté, et verrait-il un dol dans la conduite de son adversaire. Pour que ces prétentions fussent accueillies, il faudrait que la première résultât du titre ou de tout autre acte séparé. Car c'est pour les cas de ce genre surtout que l'article 1341 prescrit la preuve littérale. En l'absence de cette preuve, on répondrait à celui qui se plaint : La loi vous faisait un devoir rigoureux de vous procurer la preuve écrite des faits dont vous excipez ; cette preuve, vous étiez en possession de l'obtenir ; si vous ne l'avez point, c'est que vous avez préféré suivre aveuglément la foi de celui qui est aujourd'hui votre adversaire ; subissez donc les effets de cette confiance ; il ne nous appartient même pas de rechercher si elle est ou non trahie.

Ce langage est sévère, il peut même paraître odieux et injuste. Mais, si l'on réfléchit aux inconvénients nombreux que le système contraire entraînerait, on se réconcilie avec la pensée du législateur. N'est-il pas évident, en effet, qu'autoriser la preuve testimoniale du dol postérieur au contrat, c'était ouvrir une large porte à l'invasion de la mauvaise foi, multiplier les procès, compromettre les droits les plus légitimes, en les soumettant aux éventualités toujours si incertaines de la preuve orale ? Que d'accusations mal fondées ne se seraient-elles pas produites, ne fût-ce que pour arrêter momentanément l'exécution d'un contrat réel !

C'était là rétrograder au delà des ordonnances de 1566 et 1667, et revenir aux abus que ces deux législations avaient si heureusement réprimés.

Que, dans ces conséquences, l'application rigoureuse de l'article 1341 puisse quelquefois consacrer une injustice et une fraude, c'est là une malheureuse vérité. Tel n'est-il pas d'ailleurs le sort de toutes les institutions humaines ! Mais, entre ces malheurs partiels et l'intérêt général, il n'y a pas à hésiter. C'est ce que le législateur a sagement pensé. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était de prévenir avant de frapper, et certes la disposition de l'article 1341 prouve qu'il n'a pas failli à cette mission.

Ainsi le dol postérieur au contrat ne saurait être prouvé autrement que par écrit. Quelque odieuse que soit la conduite de celui qui, après avoir concouru à un acte simulé, en poursuit l'exécution, comme le préjudice qui en résultera a pu être prévu au moment du contrat et conjuré par le contrat même ou par tout autre acte séparé, la loi a dû se reposer sur l'intérêt des parties. Elle ne peut protéger celle d'entre elles qui s'est imprudemment abandonnée, plus efficacement qu'elle ne l'a fait elle-même, ni la récompenser de la violation expresse de sa disposition.

242. — Nous trouvons une remarquable application de ces principes dans un arrêt de la cour de cassation, sur l'espèce suivante :

Le 11 germinal an XIII, le sieur Chiorando, receveur particulier des contributions directes à Alexandrie, délivra à Visconti, sur Gaudry, percepteur des contributions dans la même ville, un bon de 7,000 fr., portant la mention qu'il en sera tenu compte à ce dernier sur son premier versement. Ce bon a été acquitté. Le 18 du même mois, Chiorando reconnut avoir reçu purement et simplement de Gaudry 7,000 fr. Celui-ci était resté tout à la fois porteur du bon

[1] Étienne, *Théorie des actions,* chap. II, § 12, p. 273.

[2] *Id., ibid.*

et de la quittance. Chiorando l'a assigné pour le faire condamner à lui restituer le bon ou à lui en donner quittance, prétendant que celle du 18 germinal s'y appliquait. Gaudry prétend que le bon et la quittance font deux titres bien distincts, qui ont pour objet : le premier, d'établir une créance en sa faveur; et le second, de constater le versement par lui fait d'une somme de 7,000 fr., indépendamment de celle énoncée dans le bon.

Chiorando demande alors à prouver par témoins : 1° que le 18 germinal an XIII, il délivra une quittance de 7,000 fr. et qu'il l'envoya par un de ses commis au bureau du sieur Gaudry, pour la remettre à celui-ci et retirer en même temps le bon de pareille somme, délivré le 11 du même mois au sieur Visconti; 2° que la personne chargée de cette quittance, ne trouvant pas le sieur Gaudry chez lui, s'adressa à un de ses commis qui, ayant déclaré qu'il était instruit de la chose, avait tâché de retrouver le bon dans le bureau; 3° qu'après avoir cherché dans plusieurs endroits sans avoir pu le retrouver, ce commis dit à celui du sieur Chiorando de laisser la quittance, en l'assurant que, dans la journée, il lui rapporterait lui-même le bon, en remplacement duquel la quittance devait être donnée; 4° enfin, que la personne chargée de la quittance la laissa effectivement entre les mains du commis de Gaudry, mais que ce dernier n'apporta pas le bon.

Gaudry soutient que la preuve testimoniale n'est pas admissible, mais cette prétention est repoussée d'abord par le tribunal d'Alexandrie, et, sur l'appel, par la Cour de Gênes.

Sur le pourvoi de Gaudry, l'arrêt de celle-ci fut cassé par décision du 29 octobre 1810, en ces termes :

« Attendu que l'article 1341 défend d'admettre aucune preuve par témoins outre et contre le contenu aux actes, ni sur ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr.; que cet article ne reçoit exception, aux termes des articles 1347 et 1348, que lorsqu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; attendu que les parties ne se trouvaient ni dans l'une ni dans l'autre de ces exceptions, puisque l'arrêt dénoncé n'a pas déclaré qu'il existât un commencement de preuve par écrit, et qu'il avait été possible au défendeur de rapporter une preuve écrite des faits par lui articulés [1]. »

[1] Dalloz A., t. X, v° *Oblig.*, chap. VI, sect. II, art. 2.

Or, c'est précisément cette possibilité qui existe pour le dol postérieur au contrat. Dès lors la doctrine de cet arrêt devrait régir et faire repousser la demande de la preuve testimoniale.

243. — Mais cette preuve deviendrait admissible, s'il existait un commencement de preuve par écrit. Nous aurons occasion, en traitant de la fraude, de rechercher les caractères constituant ce commencement de preuve. Nous nous contenterons de remarquer ici que la doctrine et la jurisprudence ont singulièrement étendu la disposition de l'article 1347, dans l'interprétation de laquelle les magistrats n'obéissent à d'autres règles qu'à celles d'un arbitrage souverain.

L'un des éléments les plus usuels, les plus utiles à cet arbitrage, est sans contredit l'interrogatoire sur faits et articles. Il n'est pas rare, en effet, de trouver dans les réponses fournies des indications rendant le fait vraisemblable et constituant par conséquent le commencement de preuve. Le cas se réalisant, aucune difficulté sérieuse ne s'opposerait à l'admission de la preuve orale.

244. — Il est une hypothèse qui peut faire surgir une difficulté grave, c'est lorsque le porteur du titre querellé de dol postérieur avoue la simulation de la cause énoncée et en indique une autre qui serait légitime. Faut-il dans cette espèce recourir à la preuve testimoniale, l'aveu de la simulation créant un commencement de preuve? ou bien faut-il accepter cet aveu dans les deux parties et repousser toute preuve orale?

245. — Dans ce dernier sens on a dit que l'acte qui exprime une cause fausse n'en est pas moins valable, s'il en existe une réelle et légitime; que l'aveu que l'on ne peut scinder, faisant foi de la fausseté de la cause exprimée, doit faire foi de celle qui est substituée; qu'admettre le contraire, ce serait violer le principe de l'indivisibilité de l'aveu; qu'on doit donc accepter la déclaration dans son entier, alors même que des présomptions graves, précises et concordantes indiqueraient que la seconde partie n'est pas conforme à la vérité. C'est en ce sens et dans ces termes que la cour d'Aix l'a jugé dans l'affaire Jourdan contre Bizot.

246. — Ce système, à notre avis, ne saurait être accueilli. Il n'est que le résultat d'une appréciation exagérée de l'article 1356; il s'écarte, de plus, des principes consacrés par l'art. 1131.

L'arrêt considère d'abord que l'acte produit par le créancier est inattaquable par la preuve testimoniale aux termes de l'article 1341. Cela

est rigoureusement exact. Aussi, tant que le créancier, s'en référant au titre, l'oppose aux allégations du débiteur, ces allégations, ne pouvant établir qu'un dol postérieur au contrat, ne peuvent ni prévaloir sur le titre, ni devenir l'objet d'une preuve testimoniale en l'absence d'un commencement de preuve par écrit.

Mais dès que le créancier, désertant le titre, en reconnaît la simulation, l'article 1341 devient inapplicable sous un double rapport :

1° L'article 1134 ne déclare obligatoires que les conventions *légalement* formées. Pour que ce caractère soit acquis, il faut que l'obligation ait une cause ; c'est là une des conditions requises par l'article 1108. Comme conséquence, l'article 1131 déclare nulle et de nul effet l'obligation sans cause, ou sur une cause fausse ou illicite. Or, l'obligation, dont la cause exprimée est reconnue inexacte, est réellement une obligation sans cause. Tout au moins le titre exprime-t-il une cause fausse, et, jusqu'à preuve contraire, la cause véritable peut être présumée illicite. Dès lors, ce ne serait plus seulement une simulation ordinaire, il s'agirait, dans cette hypothèse, d'une fraude tentée pour éluder l'article 1131. Or, la fraude à la loi peut toujours être prouvée par témoins.

Vainement prétendrait-on que le débiteur, ayant coopéré à cette fraude, ne saurait être admis à s'en prévaloir. Il est vrai que cette conclusion a pour point d'appui la maxime *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Mais le droit romain avait-il voulu autoriser le créancier à profiter de sa déloyauté? N'enseignait-il pas au contraire que *nemini fraus sua patrocinari debet?* Si donc il n'y avait en présence que le débiteur et le créancier, les raisons d'admettre ou de rejeter leurs prétentions se balanceraient avec une égale autorité ; mais au-dessus de l'une et de l'autre se trouve engagée la loi elle-même, dont on a voulu méconnaître la volonté, éluder les dispositions ; et la nécessité de rétablir l'une et de faire exécuter les autres est une réponse plus que péremptoire au brocard de droit que l'on voudrait invoquer.

Aussi la doctrine est-elle d'accord pour reconnaître qu'ériger en principe absolu la maxime *nemo auditur, etc.*, ce serait consacrer la fraude et ôter aux lois toute leur force. Dès lors, disent Teulet et Dauvilliers, dans le résumé de cette doctrine, on doit déclarer que si cette fin de non-recevoir peut être quelquefois admise, c'est lorsque l'influence des faits est telle, qu'en effet elle offre le moyen de rendre une décision plutôt équitable que juridique ; mais, en principe, il faut reconnaître que toute partie doit être admise à attaquer comme nulle toute obligation qu'elle soutiendra avoir souscrite sans cause ou sur une fausse cause, et que pour arriver à ce résultat elle sera autorisée à fournir tous les modes de preuves [1].

Cette doctrine est loin de violer l'article 1341 ; on peut même dire que dans l'hypothèse où nous raisonnons, il n'y a pas lieu de l'invoquer. Dès l'instant que la simulation de la cause énoncée dans le titre est reconnue, le titre disparaît. Il n'y a plus qu'une allégation contre celle du débiteur. D'ailleurs, lorsqu'il y a réellement une cause fausse, ne peut-on pas dire que le débiteur, protégé par l'article 1131, n'a pas dû se mettre fort en peine de se procurer une preuve qu'il était d'ailleurs impossible qu'il se procurât? Lorsqu'il s'agit de faire ce que la loi défend, lorsqu'on a recours à la simulation, il est certain qu'on n'ira pas par une déclaration écrite s'enlever tout le bénéfice de cette simulation. S'il s'agit, par exemple, de déguiser une dette de jeu, en lui donnant la forme d'un prêt ordinaire, le perdant qui se résigne à souscrire l'acte songera-t-il à exiger une contre-lettre? le gagnant la souscrira-t-il? Autant vaudrait ne pas rédiger de titre écrit que de l'annuler d'avance par cette précaution.

Et cependant si le système que nous combattons était admis, il en résulterait qu'il suffirait au porteur du titre d'en reconnaître la simulation, mais d'en indiquer une cause autre que celle exprimée pour assurer l'exécution qu'il en sollicite ; le perdant, lié par cette déclaration, ne pourrait plus prouver par témoins le véritable caractère de l'acte. C'est pourtant le contraire qui est enseigné par la doctrine et la jurisprudence [2].

Dira-t-on qu'il s'agit pour les dettes de jeu d'une obligation illicite? Nous répondrons que l'obligation est si peu illicite, qu'elle lie naturellement le perdant ; qu'on ne peut répéter ce qui a été volontairement payé, tandis qu'on est recevable à se faire restituer ce qu'on a payé sans cause ; que fallût-il d'ailleurs reconnaître ce caractère illicite à la dette de jeu, l'article 1131 ne faisant aucune distinction entre la cause illicite

[1] *Cod. civ. annoté*, art. 1131, n°s 14, 15 et 16.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Jeu*, n° 4 ; Favard, *Contrat aléatoire*, t. 1er, p. 629 ; Toullier, t. VI, n° 381 ; Chardon, *du Dol*, n°s 560, 561 ; *Journal du Palais*, cass., 21 nov. 1814 ; Lyon, 21 déc. 1822 ; Grenoble, 6 déc. 1823 ; Angers, 13 août 1831 ; Paris, 5 sept. 1834.

et le défaut de cause ou la cause fausse, la preuve testimoniale admise pour l'une doit l'être également pour les autres.

2° Sous un autre rapport, et en supposant que la fausseté de la cause ne pût devenir l'objet d'une preuve orale sans qu'il existât un commencement de preuve par écrit, on doit considérer comme tel l'aveu de la simulation de la cause indiquée par le titre. Cet aveu, en effet, altère profondément l'acte, lui enlève son caractère et constitue une véritable preuve contre lui. Or le commencement de preuve n'est-ce pas tout fait émané du créancier qui rend le système du débiteur vraisemblable? Eh bien! en convenant d'une fraude en sa faveur, le premier ne rend-il pas vraisemblable celle dont se plaint le second?

Mais, dit-on, l'acte n'est pas nul par cela que l'on reconnaît que la cause est simulée. Il peut être maintenu, s'il est prouvé qu'il en existe une autre légitime et sérieuse.

Cette objection, loin d'affaiblir notre système, ne tend qu'à le renforcer. Dans l'hypothèse donnée, l'acte écrit ne se suffit plus à lui-même. Il a besoin d'un secours extérieur, celui de la preuve qu'il existe une cause. Cette preuve, c'est le créancier qui est obligé de la fournir. Dès l'instant qu'il y a lieu de recourir à une preuve, le droit de fournir la preuve contraire naît incontestablement. Sans ce droit, il y aurait une atteinte flagrante à la libre défense de celui qui est attaqué, et l'on admettrait que, si le créancier, au lieu de cette preuve obligée, se borne à une allégation, le débiteur ne pourra prouver la fausseté de cette allégation, lui qui aurait la faculté de discuter la preuve elle-même, de l'anéantir par la preuve contraire.

Après un pareil système, il n'y a plus qu'à déchirer l'article 1131 et laisser la fraude se parer insolemment des dépouilles de ses victimes. Dans quel cas sera-t-il possible d'appliquer la prohibition des obligations sur cause fausse? Le porteur assez indélicat pour poursuivre par un véritable dol l'exécution d'une obligation simulée, aura toujours la déloyauté, tout en convenant de la fausseté de la cause exprimée, d'en désigner une autre telle quelle. Dans la supposition d'une dette de jeu que nous faisions tout à l'heure, il suffira au gagnant de dire : Oui, la somme indiquée reçue au moment de l'obligation n'a été en réalité ni reçue ni livrée, mais une somme égale m'était déjà due en vertu d'avances antérieures par moi faites.

Et cet homme sera cru! et la justice, alors que le débiteur n'aura pas un commencement de preuve par écrit de la fausseté de cette allégation, devra abdiquer tout droit d'examen, condamner impitoyablement ce débiteur, alors même que des présomptions graves, précises et concordantes se réuniront pour faire suspecter la véracité de l'allégation! Une pareille jurisprudence serait un malheur social.

247. — Ainsi l'a pensé la cour de cassation, car elle a admis le contraire en jugeant, le 8 avril 1835, que lorsque toutes les parties reconnaissent que la cause exprimée dans un acte obligatoire est simulée, les tribunaux peuvent rechercher, par la preuve testimoniale et par des présomptions, quelle est la véritable cause, et décider, d'après les circonstances, que l'obligation est sans cause et par suite nulle. Il est important de rapporter l'espèce dans laquelle cet arrêt est intervenu.

En 1825, le sieur Jacques Pascal souscrivit un billet de 1,600 francs en faveur de son frère, qui le céda bientôt après au sieur Razaud, gendre de Pascal. A l'échéance, Razaud demande payement à son beau-père, qui soutient que l'obligation était sans cause, et qui, postérieurement, *offrit de la payer par l'abandon d'un immeuble*. Cet offre n'ayant pas été acceptée, la cause fut déférée à la justice; voici littéralement le système du créancier :

La cause exprimée dans l'obligation n'est pas vraie, mais ce qui lui a donné naissance, c'est que mon père avait autrefois avancé une somme de 1,600 francs au sieur Jacques Pascal. Celui-ci ne s'en étant pas reconnu débiteur, lors de mon mariage avec sa fille, a imaginé de réparer cet oubli en s'obligeant pour pareille somme envers son frère, et en lui donnant mandat de me céder ensuite l'obligation.

Jacques Pascal demande à prouver par témoins la fausseté de cette assertion. La cour de Grenoble admet cette preuve par un premier arrêt, et annule, par un second, l'obligation comme étant sans cause.

Pourvoi en cassation de Razaud, pour, entre autres, violation des articles 1319, 1341 et 1347 du Code civil, en ce que la cour s'était déterminée par de simples présomptions, pour annuler l'obligation, quoiqu'il ne fût articulé ni dol ni fraude, et que les allégations de Pascal ne fussent soutenues d'aucun commencement de preuve par écrit.

A ce système, qui est celui consacré par la cour d'appel d'Aix, voici la réponse de la cour de cassation :

« Attendu que l'arrêt a constaté en fait dans son premier motif qu'il a été convenu par toutes les parties que l'obligation, dont Razaud enten-

dait se prévaloir, était un acte simulé; qu'en partant de ce fait ainsi reconnu, il n'y a plus eu pour les juges qu'à rechercher les causes qui avaient pu donner naissance à cet acte, et si ces causes avaient pu engendrer une obligation légitime et valable; que le même arrêt déclare par appréciation des enquêtes que Razaud n'ayant pas fait la preuve des faits par lui articulés, il suit de là et des autres circonstances de la cause que l'obligation du 27 novembre 1825 n'a point eu pour objet la reconnaissance d'une dette légitime; qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé aucune loi, a, au contraire, sainement appliqué l'article 1131, qui prononce, en termes exprès, la nullité de l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite [1]. »

Il résulte bien de cet arrêt que lorsque le créancier reconnaît la simulation de la cause exprimée au titre, il est obligé non pas seulement d'indiquer, mais encore de prouver qu'il en existe une autre valable; que le débiteur peut prouver le contraire; que les tribunaux peuvent se décider même par des présomptions, et annuler l'acte, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit.

En d'autres termes, le titre reconnu simulé par toutes les parties n'existe plus. On ne peut plus revendiquer pour lui l'autorité que les articles 1134 et 1341 confèrent aux actes réguliers. Il n'y a plus en présence de la justice que deux allégations contradictoires, dont la plus probable doit être adoptée. Dans l'espèce jugée par la cour d'appel d'Aix, des présomptions graves, précises et concordantes venant faire suspecter le dire du créancier, l'obligation eût dû être annulée.

Vainement dit-on que rejeter la seconde partie de l'allégation ce serait porter atteinte à l'indivisibilité de l'aveu. On vient de voir que la cour de Grenoble et la cour de cassation ne se laissent nullement préoccuper par cette considération, dans une espèce cependant où l'offre faite par le débiteur de payer la dette, au moyen de la désemparation d'un immeuble, rendait l'existence de la dette vraisemblable. Ce n'était là, au reste, qu'une exacte application des véritables principes de la matière.

En effet, il faut bien se garder de donner au principe de l'article 1356 une extension qu'il ne saurait comporter. En l'acceptant d'une manière absolue, on arriverait bientôt à cette conséquence que la justice serait enchaînée à consacrer l'aveu en entier, alors même qu'une partie de cet aveu lui serait démontrée impossible, invraisemblable, mensongère, ce qui serait absurde. Or, dit Merlin, non-seulement on ne doit pas supposer qu'une loi, quelque générale qu'elle soit, n'excepte pas de sa disposition les cas où elle dégénérerait en absurdité, mais ce serait même la violer que de les y comprendre [2].

Aussi a-t-il été de tous temps admis que l'indivisibilité de l'aveu comportait de nombreuses exceptions, dont les plus usuelles sont rappelées en ces termes par Merlin et Toullier [3]:

1° Lorsque la seconde partie de l'aveu est d'une invraisemblance choquante, ou qui dégénère en absurdité;

2° Lorsqu'elle est prouvée fausse ou infectée de quelque mensonge qui en rend la vérité suspecte;

3° Lorsqu'elle est combattue par un commencement de preuve par écrit;

4° Enfin, lorsque l'aveu porte sur des faits qui, bien que connexes, ne se réfèrent pas à une seule et même époque, et ne forment pas ce que les jurisconsultes appellent *un acte continu* [3].

Ces principes, que nous a légués l'ancienne doctrine, avaient été, avant et depuis le Code, consacrés par la jurisprudence. Ainsi la cour de Paris décidait, le 6 avril 1829, que l'article 1356, d'après lequel l'aveu judiciaire ne peut être divisé, reçoit exception dans le cas où il résulte des CIRCONSTANCES DE LA CAUSE que celui qui l'a fait n'a pas été de bonne foi dans ses déclarations [4]. De son côté, la cour de cassation jugeait, le 6 février 1838, que l'aveu n'est indivisible que lorsqu'il porte sur un même fait, passé dans une circonstance unique, et qui ne peut être attribué qu'à celui qui a fait cet aveu [5].

L'arrêt de la cour d'Aix n'admet qu'une seule exception à l'indivisibilité de l'aveu, à savoir : lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Cet arrêt se trouve donc en contradiction avec la doctrine ancienne, avec celle enseignée par Merlin et Toullier, avec celle consacrée par la cour de cassation et par les cours de Grenoble et de Paris. A-t-il fait une plus sage application de la loi? On ne peut l'admettre, en présence de la conclusion qui se tire logiquement de sa doctrine et qui se résume en ces

[1] *Journal du Palais*, année 1835.
[2] *Questions de droit*, v° *Confession*, § 2.
[3] Merlin, *ibid.*; Toullier, t. X, n°s 356 et suiv.
[4] *Journal du Palais*, année 1829.
[5] *Ibid.*, t. Ier, 1838, p. 526.

termes : En l'absence d'un commencement de preuve par écrit de la fausseté d'une partie de l'aveu, les magistrats seront obligés de l'accepter en entier, alors même qu'ils seraient certains de cette fausseté, alors même que le fait allégué serait invraisemblable, impossible, absurde. Une pareille conclusion ne blesse-t-elle pas le bon sens et la raison ?

Tenons donc pour certain que là ne saurait se trouver la vérité, et admettons avec la doctrine ancienne, avec la jurisprudence, que l'aveu ne doit être accepté intégralement que lorsque les faits et circonstances ne lui ont pas d'avance infligé un démenti éclatant ; que la reconnaissance de la simulation d'un acte, rendant indispensable la recherche de la cause véritable de l'obligation, met à la charge du créancier la preuve de son existence ; que son allégation ne saurait jamais remplacer la justification qu'il doit fournir, ni redonner à l'acte l'autorité que l'aveu de la dissimulation lui a fait perdre ; que cette allégation, comme la preuve elle-même, peut être discutée par le débiteur et renversée par la preuve contraire ; enfin que si les présomptions graves, précises et concordantes en font suspecter la véracité, en l'entachant d'invraisemblance, la justice non-seulement peut, mais encore doit la rejeter, sans violer le texte et l'esprit de l'article 1356.

248. — Du principe que la preuve testimoniale est admissible en matière de dol, il ne s'ensuit pas que les juges soient obligés de l'admettre dans tous les cas. Il ne suffit pas, en effet, qu'une preuve soit recevable, il faut en outre que les faits qu'elle a pour objet d'établir soient tels, que leur démonstration ait une influence nécessaire sur le sort de l'acte.

Il faut donc, pour que les magistrats puissent apprécier, que le demandeur en preuve expose avec précision et clarté les diverses circonstances desquelles il veut faire résulter le dol qu'il articule. Celui qui se bornerait à soutenir que l'acte est dolosif et qui demanderait à en faire la preuve, devrait être éconduit. La preuve ne peut être accordée qu'à celui qui expose nettement les faits, qui spécialise les manœuvres dont il se prétend victime, qui indique dans quelles circonstances les uns et les autres se sont réalisés, et la part que son adversaire a à s'attribuer dans leur exécution.

Ces obligations étaient imposées en droit romain à celui qui opposait le dol. La loi avait même réglé l'articulation qui était à sa charge : *Illud enim annotandum est, quod specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quæratur ; non in rem si in ea re dolo malo factum est, sed sic, in ea re nihil dolo malo actoris factum est. Docere igitur debet is qui objicit exceptionem dolo malo actoris factum, nec sufficit ei ostendere in re esse dolum, aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hæ sint quarum dolus noceat* [1].

Il en était de même pour celui qui agissait comme demandeur en nullité, pour cause de dol : *Item exigit prætor ut comprehendatur quid dolo malo factum sit, scire enim debet actor in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari* [2].

Il est vrai que ces exigences trouvaient en droit romain un motif plausible dans la nature de l'action en dol. Nous avons déjà dit qu'elle était considérée comme infamante, et l'on comprend dès lors les précautions dont on en avait entouré l'exercice. Aujourd'hui l'action en dol a perdu ce caractère. La tache qui en résulte est purement morale. Et cependant on n'a pas dû se départir de la sévérité déployée dans l'admissibilité de la preuve. Le respect dû au titre écrit légitime aujourd'hui ce qui était autrefois la conséquence de la nature de l'action.

On ne saurait au reste taxer de rigueur ces prescriptions légales. Il est, il sera éternellement vrai que celui qui se prétend trompé doit savoir en quoi, comment et par qui il l'a été. Il est donc naturel que la justice, avant de lui accorder la réparation qu'il sollicite, lui demande compte de ses griefs, pour en apprécier l'importance. En conséquence, s'il se tait ou s'il se renferme dans des généralités vagues et sans portée, on présumera facilement que ses allégations ne sont qu'un prétexte pour échapper aux conséquences d'une obligation légitime, ou pour en retarder l'exécution.

249. — La première condition, pour être admis à la preuve testimoniale, est donc l'articulation précise des faits qui doivent en faire l'objet. Ces faits énoncés, le juge examine les conséquences qu'ils doivent entraîner, l'influence qu'ils sont dans le cas d'exercer sur ce qui fait la matière du litige. Il en ordonne la preuve s'ils sont pertinents, c'est-à-dire si, prouvés qu'ils soient, ils doivent démontrer l'existence du dol imputé.

250. — C'est là, en effet, le seul mode rationnel et décisif d'apprécier la pertinence des

[1] L. 2, § 1, Dig., *de doli mali et metus except.*

[2] L. 19, Digeste, *de dolo malo.*

faits allégués. On les suppose prouvés et l'on recherche quel sera, dans cette supposition, l'effet qu'ils devront produire. Si de leur existence on peut induire, nous ne dirons pas certitude, pourra-t-on jamais en acquérir une par la preuve testimoniale? mais une probabilité, forte, puissante et grave de la vérité de l'accusation, la preuve doit en être ordonnée. N'arrivera-t-on, au contraire, qu'à des présomptions sans significations bien précises, ou balancées par des présomptions contraires? La preuve pourra paraître superflue, et, puisqu'en définitive elle ne devra produire aucun résultat utile à celui qui l'invoque, on devra économiser les lenteurs et les frais qu'elle occasionnerait : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

Dans tous les cas, et pour ce qui concerne cette appréciation, la loi n'a pu que s'en remettre entièrement à l'arbitrage du juge. Elle ne pouvait dicter une règle quelconque, lorsqu'il ne s'agit pour le magistrat que d'obéir à des impressions qui doivent se modifier dans chaque espèce, suivant la position particulière des parties, la nature de l'acte et les circonstances dans lesquelles il s'est réalisé. Ainsi ce qui ne constituerait ici qu'un doute léger peut devenir là une véritable démonstration. C'est donc au juge à puiser dans les éléments de la cause la conviction qui lui dictera la décision à laquelle il doit s'arrêter. C'est à sa conscience seule à décider de la pertinence des faits.

251. — Il en est ainsi pour l'appréciation de la preuve rapportée. Les enquêtes versées au procès, la discussion s'établit sur la question de savoir si la preuve est ou non acquise. On comprend que pour la solution d'une question pareille, c'est la conscience du juge et ses impressions personnelles auxquelles on a dû exclusivement se rapporter. Il est cependant quelques observations légales qu'il ne faut point négliger.

252. — Jusqu'à la promulgation du Code, on tenait à peu près pour certain que la déposition d'un seul témoin ne devait pas faire foi en justice. Ce principe, sanctionné par le Pentateuque [1], avait passé dans le droit romain. Justinien ne s'était pas contenté d'exiger deux témoins dans tous les cas où la loi ne déterminait pas un autre nombre. Il avait en outre expressément défendu aux juges d'admettre un témoignage unique, fût-il émané d'un membre du sénat romain : *Etiam si præclaræ curiæ honore fulgeat* [2].

Ce sont ces errements que notre ancien droit avait suivis. De là divers systèmes sur les obligations du juge relativement à la preuve orale. Les anciens interprètes avaient notamment distingué la preuve complète, de la demi-preuve, de la preuve légère. Considérant ces deux dernières comme des fractions de la première, ils établissaient combien il fallait de demi-preuves ou de preuves légères pour constituer une preuve entière. Mais, comme l'enseigne Merlin, ces subtilités avaient été repoussées par les jurisconsultes les plus éminents. Cujas, entre autres, y répondait par ces belles paroles : *Ut veritas ita probatio scindi non potest; quæ non est plena veritas est plena falsitas; quæ non est plena probatio, plene nulla probatio est.*

253. — Aujourd'hui et sous l'empire de la loi qui nous régit, le demandeur n'a rempli son obligation que lorsqu'il a rapporté une preuve satisfaisante des faits interloqués. Si les témoins entendus ne sont ni précis ni décisifs; si leur déposition laisse subsister des doutes sur la vérité des reproches dirigés contre l'acte, l'acte est maintenu : *In dubio standum est instrumento.*

Mais les magistrats sont libres de trouver la preuve complète dans les éléments qui leur sont soumis, d'asseoir leur décision sur la déposition d'un seul témoin comme sur celle de plusieurs. La loi ne leur fixe plus aucune limite. C'est comme jurés qu'elle les appelle à prononcer. Il suffit donc qu'ils soient convaincus pour qu'ils aient le droit et le devoir de prononcer conformément à cette conviction.

254. — Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, la preuve par présomptions l'est également. L'utilité de cette dernière, dans la matière qui nous occupe, se justifie d'elle-même. Il est certain que sans son secours le dol sortirait presque toujours triomphant des luttes dont il serait l'objet. La preuve testimoniale n'est pas toujours possible, car il n'est ni dans l'intérêt ni dans les habitudes de ceux qui demandent au dol des moyens de s'enrichir d'agir de telle sorte qu'on puisse divulguer leur conduite à l'aide de témoins.

255. — La preuve par présomptions était donc commandée par la nécessité de réprimer la mauvaise foi et de sauvegarder l'intérêt des parties contractantes, celui des tiers. Aussi son admission n'a-t-elle, en aucun temps, rencontré le moindre obstacle. Il n'y a eu dissentiment

[1] *Exode*, chap. XXV, v. 50; *Deutéronome*, chap. XVII, v. 6, et chap. XIX, v. 15.

[2] L. 12, Dig., et l. 9, § 1, Cod., *de testibus*.

que sur la nature et le nombre des présomptions qu'il convient d'exiger pour prouver la nullité des actes.

Sur le premier point, les présomptions remplaçant la preuve testimoniale, on soutenait qu'elles devaient réunir les qualités qui étaient requises dans les dépositions des témoins. C'est ce qu'enseignait Danty dans son *Traité de la preuve par témoins*. Puisque, disait cet auteur, on n'est obligé de s'en rapporter à des présomptions que lorsque la preuve par témoins et la preuve par écrit manquent, il s'ensuit que la loi considère les présomptions comme des témoins, car c'est sur la foi de ces présomptions qu'elle se détermine, ce qui, par conséquent, indique qu'elles doivent avoir les mêmes qualités que celles que la loi requiert dans la déposition des témoins, pour y ajouter une créance entière.

256. — Mais la loi permettant aux juges de se décider sur la déposition de deux témoins, admettait-elle la même faculté s'il n'existait que deux présomptions? Dumoulin enseignait l'affirmative et pensait que dans certains cas deux présomptions devaient paraître suffisantes [1]. Coquille portait le nombre à trois, pourvu qu'elles fussent conformes entre elles et essentielles au fait qu'on voulait établir [2]. Mais Danty concluait du silence que la loi avait gardé sur le nombre des présomptions que, n'ayant fixé aucun chiffre, elle s'en était rapportée entièrement à la prudence du juge.

Telle était aussi l'opinion de Domat. Ce célèbre jurisconsulte, après avoir expliqué ce qu'on doit entendre par présomptions, et exposé leurs caractères, conclut en ces termes : « Sur quoi il ne peut exister de règle précise; mais, en chaque cas, il est de la prudence du juge de discerner si la présomption se trouve bien fondée, et quel effet elle peut avoir pour servir à la preuve [3]. »

La justesse de cette conclusion peut d'autant moins être contestée qu'elle ressort forcément de la nature des choses. Ce que nous disions tout à l'heure pour la pertinence des faits est parfaitement applicable aux présomptions. Leur véritable signification se juge par la condition des parties, la nature de l'acte, les circonstances de fait qui sont relevées; et il est certain que les mêmes présomptions qui auront été jugées insuffisantes dans tel cas entraîneront, dans tel autre, la conviction du juge. C'est surtout ce caractère relevant qui, de l'avis des auteurs les plus célèbres, empêchait d'établir une règle quelconque en pareille matière. Aux opinions de Domat et de Danty nous pouvons ajouter celle du cardinal de Lucca, en tout conforme : « *Conflictus erat in præsumptionibus super quibus certa, determinataque regula juris dari non potest, cum in conjecturalibus totum pendeat a prudentis judicis arbitrio ex individuorum casuum circumstantiis insimul unitis regulando dum ut frequenter habetur, sæpe contigit ut eadem ac minoris conjecturæ ob personarum, locorum vel temporum circumstantias in uno casu abundent, et in altero eadem ac majores non sufficiant* [4]. »

257. — Notre législateur moderne a complétement partagé ces idées. Il a pensé qu'on ne pouvait, en matière de présomptions, préciser une règle, un mode univoque d'appréciation, sans s'exposer à porter atteinte à cette indépendance d'examen dans laquelle le magistrat puise les éléments d'une bonne et exacte justice. En conséquence, l'article 1353 abandonne les présomptions aux lumières et à la prudence du juge. Le seul devoir qui lui soit imposé à cet égard, c'est de ne les admettre que lorsqu'il les reconnaît graves, précises et concordantes.

La doctrine a depuis longtemps déterminé ce que ces termes signifient. Les présomptions sont *graves et précises* lorsqu'elles reposent sur des faits qui ont une connexité certaine avec ceux dont la preuve est recherchée; elles sont *concordantes*, lorsque sans se démentir elles se lient les unes aux autres et qu'elles tendent toutes à un même but. A ces conditions, les présomptions constituent une véritable preuve.

258. — La loi qui nous régit, admettant la déposition d'un seul témoin, autorise-t-elle le juge à prononcer, lorsqu'il n'existe qu'une seule présomption? L'article 1353 nous paraît proscrire l'affirmative. Ses exigences sur la nature des présomptions font nécessairement supposer qu'il doit en exister un certain nombre.

D'ailleurs, quoique remplaçant la preuve testimoniale, la preuve par présomptions n'en diffère pas moins d'une manière essentielle. Les présomptions, dit l'article 1349, sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu; c'est donc par induction qu'on conclut dans cette hypothèse, tandis que la preuve testimoniale porte directement sur le fait inconnu que l'on recherche.

[1] *Traité des Fiefs*, t. Ier, § 35, glos. 2.
[2] *Coutume du Nivernais*, art. 40.
[3] *Lois civ.*, tit. VI, sect. IV.
[4] *De dote*, disc. 24, no 4.

On comprend dès lors que, si ce fait est attesté par un témoin honorable et désintéressé qui en affirme l'existence, le juge puisse l'admettre avec quelque sécurité. Au contraire, une induction isolée, quelque grave qu'elle soit, laisse toujours quelques nuages sur le fait qu'il s'agit d'éclaircir. Elle peut donc inspirer le plus souvent un doute sérieux, la conviction jamais.

259. — De ce que la preuve par présomptions est une preuve par induction, il suit qu'elle sera plus ou moins concluante, selon que le fait dont on argumente sera plus ou moins certain, et les conséquences qu'on en tire plus ou moins justes. C'est donc en discutant chaque présomption qu'on parviendra à en déterminer le caractère et la gravité.

260. — Mais à cet égard, il y a une observation essentielle qu'on ne saurait perdre de vue. La loi n'exige pas que chaque présomption ait un caractère égal de gravité et de précision, c'est dans leur ensemble, c'est par leur faisceau qu'il convient de les apprécier. Si de leur masse résulte la condition que l'article 1353 exige, c'est-à-dire un caractère grave, précis et concordant, on ne doit pas hésiter à les accueillir, encore bien que chacune d'elles, prise séparément, n'aurait pas une signification bien précise. On sait en effet que des faits peu importants, isolés les uns des autres, peuvent, par leur réunion, devenir décisifs, c'est ce qui a toujours été admis en droit : *Quod licet quæ non prosunt singula multa juvant, ita e contra quæ non nocent singula multa nocent.*

C'est ainsi d'ailleurs que l'ont toujours admis les jurisconsultes les plus éminents. Pothier nous dit lui-même que les présomptions qui ne forment pas par elles-mêmes une preuve peuvent, par leur réunion, créer cette preuve, et, à l'appui de ses paroles, Pothier rappelle l'exemple donné par Papinien dans la loi 26, Dig., *de probat.* Une sœur était chargée envers son frère de la restitution d'un fidéicommis. Après la mort de ce frère, il s'agissait de savoir si ce fidéicommis était encore dû par la sœur à la succession du frère. Papinien décida qu'on devait présumer que le frère en avait fait remise à sa sœur, il tire cette présomption de trois circonstances : 1° de l'union entre le frère et la sœur ; 2° de ce que le frère avait vécu longtemps sans demander ce fidéicommis ; 3° de ce qu'on rapportait un très-grand nombre de comptes faits entre le frère et la sœur, sur les affaires respectives qu'ils avaient ensemble, dans aucun desquels il n'y en avait pas la moindre mention. Chacune de ces circonstances, ajoute Pothier, prise séparément n'aurait fourni qu'une présomption simple, insuffisante pour faire décider que le défunt avait remis la dette, mais leur réunion a paru à Papinien former une preuve suffisante de cette remise [1].

On ne serait donc pas fondé à conclure au rejet des présomptions de ce que, à leur examen particulier, chacune d'elles n'a pas une gravité bien déterminée. L'article 1353 n'exige pas que chaque présomption soit grave, précise et concordante. Il suffit que dans leur ensemble elles présentent ce caractère pour que les juges, se fondant sur leur existence, déclarent que le dol reproché a eu effectivement lieu et annulent par conséquent l'obligation.

Rappelons en terminant que la preuve par présomptions n'étant admissible que lorsque la preuve testimoniale le serait elle-même, les tribunaux ne pourraient y recourir lorsqu'ils ne pourraient ordonner celle-ci. Il suit de là que le dol postérieur au contrat, sauf le cas où la simulation est convenue, ne pourrait être établi par présomptions.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DOL.

SOMMAIRE.

261. — Division.

261. — Le dol peut se glisser dans tous les actes de la vie humaine, soit qu'il ait pour objet de tromper celui avec qui on traite, soit qu'il ait pour but de pervertir la volonté d'un mourant et de lui arracher ainsi une spoliation injuste, soit enfin que, s'attachant aux choses les plus sacrées, il se soit proposé de corrompre le juge ou de lui soustraire les pièces essentielles qui doivent l'éclairer, ou de l'égarer par de faux documents.

Mais quelles qu'aient été les manœuvres et leurs résultats, la loi ne laisse nulle part le dol impuni. Elle donne les moyens de l'atteindre partout où il a osé se glisser. Mais ces moyens diffèrent selon la nature de l'acte et le préjudice qui en est résulté.

Nous allons, pour procéder avec méthode, rechercher quels sont ces moyens dans les cas les plus usuels, les plus ordinaires, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de dol dans les traités. Nous examinerons ensuite, dans autant de sections séparées, les effets du dol dans les mariages,

[1] *Des Obligations*, n° 850.

dans les testaments, dans les transactions, dans les jugements.

SECTION I.

DOL DANS LES TRAITÉS. SES EFFETS.

SOMMAIRE.

262. — Matière de la section.
263. — L'acte entaché de dol est nul si le dol réunit les conditions de la loi.
264. — *Quid* lorsque le dol n'est qu'accidentel?
265. — Effet du dol substantiel indirect.
266. — Ainsi le dol dans les traités produit ou l'action en rescision ou celle en dommages-intérêts.

262. — Nous comprenons sous le nom générique de traités tous les actes établissant entre parties contractantes des obligations et des droits. Les observations qui vont suivre s'appliquent donc aux ventes, échanges, louages, prêts, dépôts, cessions de droits corporels ou incorporels. L'effet du dol, dans chacun de ces contrats, est identique. Nous n'avions donc pas à examiner chacun d'eux dans sa spécialité, nous devions nous borner à constater le principe général qui les domine tous, et dont l'application sera facilement faite à chaque espèce particulière.

263. — L'acte entaché de dol ne saurait recevoir aucune exécution. Il est nul aux termes de l'article 1116 du Code civil à la double condition édictée par cet article, à savoir : 1° si les manœuvres ont été pratiquées par l'une des parties; 2° si elles ont été telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

La réunion de ces deux circonstances constituant le dol substantiel et direct, l'acte qui en a été la conséquence n'a aucune autorité légitime. De quelque manière qu'il se soit produit, qu'il ait été positif ou négatif, ce dol atteint la convention dans son essence, lui fait perdre une de ses conditions indispensables et donne ouverture à une action tendant à l'infirmer. La victime a dès lors la faculté d'obtenir de la justice d'être relevée de ses engagements.

La rescision de l'acte est ici d'autant plus indispensable que le dol a été la cause unique du contrat. La justice veut donc que les parties soient remises au même état qu'avant cet acte qui, comme conséquence inévitable, doit dès lors disparaître.

264. — Telle n'est pas la position respective des parties lorsque le dol n'a atteint qu'une des circonstances accidentelles du contrat. Il est certain, dans cette hypothèse, que la pensée du traité ne peut être attribuée au dol. L'une des parties voulait accepter ce que l'autre lui proposait. L'une des deux conditions exigées par l'article 1116 manque donc réellement.

De là cette conséquence que la loi ne considère plus l'acte comme nul, non pas certes qu'il faille en induire que le législateur s'est montré indifférent à l'existence du dol accidentel. Le triomphe de manœuvres déloyales eût été immoral, une réparation est due. Mais on a voulu concilier ce que la partie lésée pouvait réclamer avec le maintien de l'acte. En conséquence, et tout en respectant celui-ci, une allocation de dommages-intérêts rétablira l'équilibre déloyalement rompu.

Ainsi, règle générale, le dol substantiel crée l'action en nullité ou rescision de l'acte; le dol accidentel, celle en dommages-intérêts. Mais cette règle n'est pas tellement absolue qu'on ne puisse jamais l'intervertir. Nous verrons au contraire que, dans certains cas de dol substantiel, l'action en dommages-intérêts est poursuivie accessoirement et cumulativement avec celle en rescision; que, dans d'autres, elle forme l'objet principal de la demande, soit que celui qui a à se plaindre du dol juge cette réparation suffisante, soit enfin parce que la rescision de l'acte n'est plus possible, ou qu'elle ne puisse être prononcée sans de grands inconvénients; que, dans certaines espèces de dol accidentel, on peut demander la rescision de l'acte, comme si la qualité sur laquelle le dol a été exercé est telle qu'on puisse présumer que la connaissance de la vérité sur ce point eût empêché l'existence du contrat. Une différence essentielle entre ces exceptions à la règle générale que nous venons d'indiquer, c'est que, lorsqu'il s'agit d'un dol substantiel, les tribunaux ne pourraient pas rejeter la demande de dommages-intérêts qui serait faite et rescinder d'office l'acte dont l'annulation ne serait pas réclamée, tandis que, lorsqu'il s'agit du dol accidentel, ils peuvent toujours repousser la nullité proposée et réparer le préjudice par une allocation de dommages-intérêts.

265. — Le dol indirect, substantiel ou accidentel, ne donne ordinairement lieu qu'à l'action en dommages-intérêts contre son auteur. Personne, en droit, n'est tenu du fait d'autrui. Dès lors, celui qui m'a été substitué dans une opération dont j'ai été écarté par le dol ne peut ni être privé du bénéfice de l'opération, ni supporter le payement d'une indemnité quelconque, sauf, bien entendu, le cas de complicité, dont la preuve est toujours à la charge du demandeur.

Il y a cependant une exception importante qu'il convient de rappeler. Le dol substantiel indirect détermine la rescision de l'acte, même contre le tiers, si celui-ci a traité à titre gratuit. Par exemple, vous me persuadez, par le moyen du dol, qu'une succession à laquelle je suis appelé est onéreuse, et vous parvenez, par vos manœuvres, à obtenir ma renonciation. En prouvant le dol, cause de ma détermination, je dois obtenir la nullité de cette renonciation, et cette nullité aura un effet direct contre l'héritier appelé à mon défaut, lequel sera tenu de me restituer l'hérédité et tous les fruits qu'il en aurait perçus. Il ne serait pas juste, en effet, qu'un autre profitât, même innocemment, de ce qui m'a été déloyalement extorqué et s'enrichît des dépouilles qui n'ont jamais dû lui appartenir. Ce grand principe d'équité était écrit dans la loi romaine : *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorem fieri* [1].

266. — Ainsi le dol produit ou l'action en nullité ou rescision, ou l'action en dommages-intérêts. Quelle est l'étendue de l'une et de l'autre? C'est ce que nous allons examiner dans les paragraphes suivants.

§ Ier.

De l'action en nullité ou rescision.

SOMMAIRE.

267. — Distinction entre la nullité de plein droit et la nullité par voie d'action. Différence entre elles.
268. — Différence dans leurs effets.
269. — L'acte entaché de dol n'est pas nul de plein droit. Il donne seulement lieu à l'action en nullité ou rescision.
270. — Conséquences quant au maintien de l'acte et à son exécution provisoire.
271. — A qui appartient l'action en nullité ou rescision.
272. — Principe de l'action. Conséquence dans le cas où l'acte dolosif préjudicie à l'auteur du dol.
273. — L'action en nullité appartient aux héritiers et même aux créanciers de la partie autorisée à l'exercer.
274. — Pourrait-on exciper contre les créanciers de la ratification tacite du débiteur?
275. — La preuve du dol donne au poursuivant le droit exclusif de faire prononcer la résolution ou le maintien avec dommages-intérêts.
276. — Cas dans lequel la rescision est impossible.
277. — Effets de la rescision par rapport aux tiers détenteurs.
278. — La revendication, justifiée dans son principe, produit des effets différents, selon qu'il s'agit d'un immeuble ou d'une chose mobilière.
279. — La bonne foi du possesseur du premier lui fait acquérir les fruits et revenus jusqu'au jour de la demande.
280. — Exception pour le possesseur à titre gratuit par suite d'un dol indirect.
281. — Droit du possesseur de bonne foi à la restitution des dépenses faites pour la conservation de la chose, et du prix des améliorations et dépenses utiles.
282. — Prescription qu'il peut invoquer.
283. — La revendication de choses mobilières présente plus de difficultés.
284. — Controverses soulevées par la disposition de l'article 2279 : En fait de meubles la possession vaut titre.
285. — Doctrine du droit romain et de notre ancien droit sur la matière.
286. — Innovation faite par le Code civil.
287. — La prescription de trois ans, dont parle l'article 2279, n'est applicable qu'aux choses volées ou perdues.
288. — L'article 2279 n'a donc rien d'équivoque. La revendication n'est admissible que pour les choses volées ou perdues.
289. — L'assimilation du dol au vol n'a pas été admise. Arrêt de la cour de Paris.
290. — Critique que Chardon fait de cet arrêt.
291. — Justification du système que cet arrêt consacre.
292. — La cour de cassation a même prescrit la revendication dans le cas d'escroquerie.
293. — Cet arrêt, contraire à l'opinion de Troplong, nous paraît parfaitement juridique.
294. — Le droit de revendiquer la chose mobilière contre le détenteur pourrait être exercé, s'il était prouvé que celui-ci a agi de mauvaise foi et par fraude.
295. — Cette preuve naîtrait de la connaissance que le tiers aurait eue du dol.
296. — La revendication des meubles ou droits incorporels n'est pas régie par l'article 2279.
297. — Conséquence.
298. — Exceptions au droit de revendication.
299. — Contre qui l'action en nullité ou rescision doit être intentée.

267. — Dans son acception la plus usuelle, la nullité s'entend d'un vice radical qui atteint l'acte dans son essence, le frappe dans toutes ses dispositions et l'empêche de produire aucun effet.

Dans le langage du droit, on a toujours distingué la nullité de plein droit, c'est-à-dire celle que la loi a expressément prononcée et qui résulte d'un vice apparent et réel ayant empêché l'acte de se former, de la nullité par voie d'action, c'est-à-dire celle que la loi autorise le magistrat à prononcer, vérification faite des circonstances dont on prétend la faire résulter. Cette dernière était appelée : en droit romain, *restitution en entier;* dans notre ancien droit, *rescision.*

Différentes dans leurs causes, ces nullités étaient, sous l'une et l'autre de ces deux législations, soumises à un mode de poursuite bien distinct. En droit romain, la nullité de plein droit n'avait pas même besoin d'être prononcée, les parties pouvaient considérer l'acte comme n'ayant jamais existé, et revendiquer ce qu'elles

[1] L. 306, Dig., *de reg. juris.*

avaient volontairement payé. La restitution en entier ne pouvait être poursuivie que sur une autorisation préalable du préteur.

Dans notre ancien droit, on avait consacré le principe que nul ne pouvait se faire justice à soi-même; en conséquence la nullité de plein droit devait être prononcée par les tribunaux, mais chacun était libre de la provoquer directement, tandis qu'on ne pouvait se pourvoir en rescision qu'après l'obtention préalable de lettres de chancellerie.

Cet usage n'a été aboli que par la loi du 7 septembre 1790, qui décida que l'action en rescision serait intentée comme l'action en nullité. L'article 1304 du Code civil a maintenu cette disposition, tout en élevant à dix ans les délais de la prescription pour l'une comme pour l'autre.

268. — Mais si elles ne diffèrent plus, quant à la forme et à la durée, ces deux actions n'ont pas cessé, à cause de la divergence de leur origine, de produire des effets bien distincts.

Ainsi l'acte radicalement nul n'a jamais pu se former, il n'a pas même l'apparence d'un contrat, n'est susceptible d'aucune exécution, alors même qu'il serait l'expression la plus sincère de la volonté des parties.

L'acte, simplement sujet à rescision, a toutes les apparences d'un contrat régulier, il est présumé sérieux et sincère jusqu'à la preuve du vice qui doit l'anéantir.

De là, ces conséquences : 1° la démonstration matérielle de la nullité radicale, ou soit de la violation d'une disposition de loi, soit quant à la forme, soit quant au fond, entraîne inévitablement la chute de l'acte. Le juge n'a nullement à se préoccuper du plus ou moins de justice ou de convenance de ses dispositions. Il ne peut les maintenir, alors même qu'il les reconnaîtrait et qu'elles seraient réellement avantageuses à la partie poursuivant la nullité.

Au contraire, l'acte sujet à rescision est toujours soumis à l'appréciation des magistrats, et sa nullité peut être refusée, car on doit, en pareille matière, considérer moins le vice en lui-même que ses conséquences par rapport à l'intérêt des parties, et si, en définitive, le vice démontré certain ne doit causer aucun préjudice réel à celui qui se plaint, l'acte doit être maintenu.

2° L'acte radicalement nul ne doit point être exécuté provisoirement, ce principe est d'une haute importance toutes les fois qu'il s'agit de statuer sur la possession des objets en litige pendant la durée du procès.

Les législations précédentes nous offrent sur ce point de doctrine une unanimité parfaite. Le droit romain ne reconnaissait aucun caractère à l'acte contre les dispositions duquel la violation de la loi protestait sans cesse, et décidait nettement qu'on ne devait, dans aucun cas, lui accorder une exécution quelconque : *Ea quæ lege fieri prohibentur, si facta fuerint, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur... Certum est nec stipulationem hujus modi tenere, nec mandatum nullius esse momenti, nec sacramentum admitti* [1].

Par application de ces principes, nos anciens jurisconsultes enseignaient que l'acte radicalement nul ne pouvait être considéré que comme un fait incapable de créer aucun droit, aucune action. C'est ainsi que d'Argentré le qualifie : *Actus meri facti, sine ullo juris effectu, ne nomine quidem contractus digni.* De là cette règle qu'il valait mieux ne produire aucun titre que d'en montrer un de ce genre : *Melius est non ostendere titulum quam ostendere vitiosum.*

Il n'en est pas de même de l'acte sujet à rescision, sa légalité apparente en commande le respect. L'équité et la justice exigent qu'il produise son effet, tant qu'on n'a pas justifié le vice dont on le prétend infecté. Il doit donc être provisoirement exécuté. Lui refuser cette exécution pendant procès, ce serait s'exposer à blesser des droits légitimes que la décision judiciaire consacrera peut-être; ce serait, en tous les cas, créer un préjugé dangereux que rien ne justifie.

C'est au reste ce que la doctrine et la jurisprudence ont de tous temps admis. « Tout acte « qui n'est pas radicalement nul, suivant les « lois du royaume, c'est-à-dire dont la nullité « n'est pas prononcée par les lois, subsiste, « nonobstant l'action rescisoire, jusqu'à ce « qu'elle soit jugée définitivement et sans appel. « La provision est pour le titre, il doit avoir son « exécution jusqu'après la sentence définitive. « L'équité et le point de droit se réunissent au « maintien de cette vérité [2]. »

269. — Notre sujet se restreignant à la nullité édictée par l'article 1116 du Code civil, nous n'avons pas à pénétrer plus avant dans la théorie des nullités. Nous devions cependant rappeler les principes généraux qui précèdent pour ap-

[1] L. 5, Cod., *de leg.*

[2] Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. VIII, p. 75; voy. aussi d'Argentré, sur l'article 383, *ancienne coutume de Bretagne*; Loisel, *Inst. cout.*, loi 3, tit. V, n° 9.

précier plus sûrement la nature et les effets immédiats de l'action en rescision pour dol.

La nullité, qui en est le mobile et l'objet, ne pouvait être rangée dans la catégorie des nullités radicales. Pothier nous l'a dit lui-même : un consentement, quoique surpris, ne laisse pas d'être un consentement. D'autre part, l'acte est régulier en la forme, et cette double apparence indiquait quel devait être l'effet de l'attaque dirigée contre ses dispositions.

On ne pouvait donc qu'attendre le résultat de cette attaque et l'issue du débat contradictoire qu'elle allait soulever. La loi défend sans doute le dol, mais elle ne le prohibe que lorsqu'il lui est démontré qu'il existe réellement; on ne pouvait donc argumenter de l'article 1116, pour prétendre à la nullité radicale de l'acte.

Au reste, le législateur n'a voulu laisser aucun doute, et l'article 1117 dispose que la convention contractée par dol n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité ou rescision.

270. — En réalité donc, la nullité résultant du dol se place dans les rangs des nullités par voie d'action ; dès lors, et en vertu des principes que nous rappelions tout à l'heure, il faut conclure :

1° Que les tribunaux peuvent maintenir l'acte, alors même qu'ils reconnaîtraient le dol comme certain, si d'ailleurs celui qui se plaint ne peut en éprouver aucun préjudice. En conséquence, celui qui veut obtenir la nullité devra prouver autre chose que le dol lui-même, *consilium fraudis;* il lui faudra en outre justifier la réalité du préjudice, *eventus damni;*

2° Que l'acte attaqué doit être provisoirement exécuté sans caution, s'il est authentique; avec ou sans caution, s'il est sous seing privé. Dans ce dernier cas même, on doit être fort sobre de l'obligation du cautionnement et ne l'ordonner que dans de très-rares circonstances. Les magistrats ne doivent jamais perdre de vue que le titre se suffit à lui-même, et que tant que l'allégation qui lui est opposée n'est pas justifiée, elle ne saurait ni prévaloir sur l'apparence du titre, ni infirmer la foi qui lui est due.

Cette solution est surtout bonne à retenir lorsqu'un testament étant argué de captation, il y a lieu de régler à qui, du légataire universel ou des héritiers du sang, on doit confier l'administration des biens meubles ou immeubles composant la succession. Les principes que nous venons d'exposer suffisent pour indiquer que leur possession, et conséquemment leur administration, appartient évidemment au légataire, tant que la preuve de la captation dolosive n'est pas établie.

271. — L'action en nullité est ouverte en faveur de celui qui se plaint d'un dol substantiel. La certitude que, sans la perpétration du dol, le contrat n'eût pas existé, entraîne la nécessité d'annuler le contrat, afin que chaque partie soit remise au même état qu'avant le dol.

En général, le respect dû à l'acte volontairement souscrit fait refuser l'action de nullité à celui qui n'a éprouvé qu'un dol accidentel. Mais si la qualité de la chose sur laquelle le dol s'est exercé a dû paraître à celui qui se plaint tellement essentielle qu'on puisse supposer qu'en son absence il n'eût pas contracté, il serait par trop rigoureux de lui refuser cette action. Il est évident, en effet, comme nous l'avons déjà dit [1], que, dans cette hypothèse, il s'agit d'un dol ayant déterminé le contrat, car il est vrai que sans son emploi ce contrat n'eût pas existé.

272. — Le principe de l'action en nullité ou rescision est, d'une part, la réparation de l'atteinte que celui qui en a été l'objet a éprouvée dans sa fortune; de l'autre, la peine due à celui qui s'est livré à un acte immoral et inique. Il suit de ce double caractère que l'action n'appartient qu'à celui qui a un préjudice à éprouver ou à craindre, et contre qui les manœuvres ont été dirigées.

Dès lors, si par des circonstances fortuites et imprévues l'acte entaché de dol, l'acte qui devait, par conséquent, être nuisible, devient avantageux à la partie restée étrangère au dol et cause à l'auteur de ce dol un préjudice grave, celui-ci ne pourrait en demander la rescision. Cette solution reçoit la double consécration des principes du droit et de la morale.

En droit, les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par ceux en faveur de qui elles ont été créées. Or, celle de l'article 1116 est évidemment dans cette catégorie, car elle n'a pour objet que la réparation du préjudice souffert par l'une des parties sans qu'elle ait pu soupçonner les manœuvres ni s'en défendre.

Que si la partie, dans cette position et après la connaissance du dol, refuse de s'en prévaloir, l'acte devient la loi irrévocable pour tous. L'exécution accordée par celui qui pouvait l'attaquer, ce que nul ne peut le contraindre à faire, purge à tout jamais la convention du vice dont elle était entachée.

Aux yeux de la morale, l'idée d'un préjudice souffert par l'acte qui devait, qui était destiné à

[1] Chap. Ier, sect. II, § Ier, nos 74 et suiv.

en causer un à autrui, n'a rien de répugnant. Tout l'intérêt, en pareille matière, est pour celui qui, déloyalement trompé, a souscrit un acte des conséquences fâcheuses duquel on doit le garantir. Mais on ne pouvait songer à protéger celui qui, ayant cherché dans le dol des ressources coupables, a vu tourner contre lui-même le mal qu'il voulait faire. Pour lui, d'ailleurs, l'acte a été spontané et libre, il doit donc l'exécuter tel qu'il l'a voulu, tel qu'il l'a fait. Sa plainte, fondée sur sa propre turpitude, ne mérite pas même d'être écoutée.

273. — Ainsi, l'action en rescision n'appartient qu'à celle des parties qui a été ou dû être circonvenue par le dol. Mais elle ne lui est pas tellement personnelle qu'un autre que lui ne puisse en son nom l'exercer et la faire valoir. Elle passe, en conséquence, à ses héritiers dans le cas de l'utiliser dans les délais de l'art. 1304. La demande de ces héritiers ne pourrait être écartée, par le silence gardé par leur auteur, que dans le cas où on aurait pu l'opposer à cet auteur lui-même, c'est-à-dire si ce silence avait été accompagné de faits et circonstances de nature à constituer la ratification tacite ou expresse, telle qu'elle est déterminée par l'article 1328 du Code civil.

Du vivant même de la partie, l'action peut être intentée par ses créanciers sous un double rapport : d'abord comme exerçant les actions de leur débiteur, aux termes de l'article 1166 du Code civil; ensuite en vertu du principe consacré par l'article 1167. L'inaction du débiteur, en présence d'un dol certain, pourrait fort bien n'être que le résultat d'une collusion frauduleuse pour grever les créanciers des conséquences d'un acte onéreux et contraire à leurs intérêts.

274. — Pourrait-on exciper contre les créanciers des actes d'exécution ou de la ratification tacite du débiteur? Il est certain que si les créanciers agissent dans le cas prévu par l'article 1167, les actes d'exécution ou la ratification ne pourraient leur être opposés. On ne verrait dans ces divers actes que l'exécution d'une fraude concertée et dont l'existence a précisément donné ouverture à l'action. En effet, que la fraude résulte de l'acte dolosif, qu'elle résulte du silence gardé par le débiteur, tout ce qui a été fait pour le maintien de l'acte n'a et ne peut avoir pour objet que de le faire sortir à effet; et ce qu'on ne peut faire directement ne saurait être fait d'une manière indirecte.

Si l'action des créanciers est celle autorisée par l'article 1166, il est bien évident qu'ils seront passibles des exceptions qu'on pourrait opposer au débiteur lui-même. En conséquence, la ratification qui lierait celui-ci les lierait eux-mêmes, à moins qu'ils n'attaquent de leur chef cette ratification comme faite en fraude de leurs droits. Mais dans ce cas, comme dans le précédent, la preuve de la fraude est à leur charge, et faute par eux de la fournir, tout comme si l'acte constituant la ratification s'était réalisé de bonne foi et en temps non suspect, l'acte attaqué devrait être maintenu.

275. — Quel que soit le poursuivant, si la preuve des faits articulés était rapportée et si ces faits établissaient le dol, la demande devrait être accueillie. La justice aurait donc soit à rescinder l'acte ou à accorder les dommages-intérêts réclamés.

Remarquons, en effet, que, même pour le dol substantiel, la partie plaignante est libre de s'en tenir à l'acte et de réclamer une réparation pécuniaire. Le défendeur ne serait recevable ni à contester celle-ci, ni à s'en exonérer en demandant de son chef la rescision de l'acte. La partie lésée ayant seule action est, sans contredit, le meilleur juge du mode de réparation le plus convenable à ses intérêts. Elle peut donc choisir celui des deux auquel elle croit devoir s'arrêter, et ce choix est obligatoire pour la justice comme pour son adversaire.

Permettre à celui-ci d'imposer de son chef la rescision de l'acte, lorsqu'on lui demande des dommages-intérêts, c'était, dans bien des cas, s'exposer à rendre toute réparation impossible. La rescision peut être impraticable dans telle hypothèse, nuisible dans telle autre. Or, ce sera précisément dans les unes et les autres que le défendeur insistera plus vivement sur une rescision qui serait pour lui le gain du procès.

Par exemple, des matériaux ont été employés, des substances ont été mélangées avec d'autres; on s'aperçoit ensuite de leur mauvaise qualité, et l'on découvre la ruse en faveur de laquelle le marchand a su fasciner les yeux de l'acheteur. Cependant, celui-ci ne pouvant les représenter en nature, la vente qui lui en a été faite ne pourrait être résiliée [1].

Ou bien, supposez un individu ayant acquis une propriété qu'il est venu habiter avec sa famille. Il s'aperçoit ensuite qu'il a été trompé et découvre comment il l'a été. Il regrette d'avoir fait une acquisition qu'il n'eût certainement pas faite s'il avait connu la vérité. Mais il a quitté son ancienne résidence, pris de nouvelles habitudes, et, pour payer le prix, fait dans sa for-

[1] Chardon, *du Dol*, t. Ier, no 24, p. 41.

tune des revirements sur lesquels il ne peut revenir [1].

Évidemment, dans l'un et l'autre cas, la rescision de l'acte ajouterait un préjudice grave à celui que le dol a fait éprouver. Il est donc certain qu'on préférera s'en tenir à une allocation de dommages-intérêts. On comprend dès lors pourquoi la loi a ouvert une double action et comment elle a cru devoir refuser au débiteur la faculté d'offrir l'une lorsqu'il se trouve sous le coup de l'autre.

Le débiteur serait-il fondé à se plaindre de cette détermination? Quel grief réel lui cause-t-on en lui imposant le mode de réparation poursuivi par celui qu'il a trompé ? C'est par son fait personnel qu'est née la nécessité d'une réparation quelconque, et l'on ne saurait hésiter entre celui qui a trompé et celui qui souffre. Sans doute la rescision est le remède le plus héroïque, mais encore faut-il qu'elle entre dans les convenances de celui qui a le droit de s'en prévaloir; et si, sur l'opinion du contraire, il se borne à demander une réparation pécuniaire, l'intérêt opposé de celui qui est tenu de la fournir n'est, aux yeux de la morale et de la justice, ni une considération, ni un motif de refus. C'est à celui qui craint ce résultat à s'abstenir de se livrer à des actes pouvant le déterminer.

276. — Il est une hypothèse où la rescision est légalement impossible, lorsqu'il s'est agi, par exemple, d'un transfert de rentes sur l'État. La rescision prononcée par justice serait insuffisante pour opérer la restitution et faire rentrer ces rentes dans la possession du propriétaire qui en a été spolié. Le décret du 8 nivôse an VI déclarant irrecevable toute opposition au payement du créancier titulaire, la rétrocession ordonnée par justice ne pourrait produire aucun effet, à moins d'être volontairement consentie et réalisée par ce titulaire même. On devrait donc l'y contraindre par une condamnation pécuniaire, engageant sa fortune, sa liberté même.

277. — Dans les cas ordinaires, l'effet de la rescision du contrat est de faire rentrer celui qui l'a obtenue dans la propriété et la possession de tous les objets aliénés par ce contrat. Meubles et immeubles, créances, droits incorporels lui font retour, et ce retour s'opère immédiatement si ces objets se trouvent encore dans les mains de l'auteur du dol. Dans le cas contraire, il a le droit de les revendiquer contre le tiers détenteur ; mais ce droit est soumis à des restrictions, suivant la nature de la chose qui doit en motiver l'exercice.

En principe, la faculté de revendiquer repose sur cette vérité incontestable : que nul ne peut être dépouillé de sa propriété que de son libre consentement. Le respect pour la propriété est une des colonnes de l'ordre social, et l'on ne saurait en méconnaître l'importance sans tomber dans de graves dangers. Celui-là donc qui, par un dol, a subi une atteinte dans sa propriété, doit voir cette atteinte effacée et sa fortune rétablie dans le même état qu'auparavant. La rescision n'a pas d'autre but : *Restitutio ita facienda est, ut unusquisque integrum suum jus recipiat* [2].

Or, cet expédient d'équité et de justice serait souvent impraticable, si l'auteur du dol ayant transmis à un tiers l'objet qu'il a extorqué, la partie lésée ne pouvait le réclamer contre ce tiers. Il est facile de prévoir en effet que celui qui n'a, à la propriété d'une chose, que les droits acquis par le dol, s'empressera de la réaliser pour échapper à la nécessité de la rendre, laissant ainsi le véritable propriétaire en présence d'une insolvabilité certaine, et d'un tiers ne pouvant être attaqué.

Le préjudice causé par le dol eût donc été définitivement consommé. L'instance même que sa découverte nécessite eût produit pour résultat unique une aggravation de préjudice. L'admission de la revendication pouvait seule remédier à d'aussi injustes éventualités.

C'est là sans doute un devoir rigoureux contre le tiers obligé de restituer une chose qu'il a acquise et payée. Mais il est facile de se convaincre qu'on n'a fait dans cette circonstance qu'appliquer des principes élémentaires, et notamment celui qui régit la vente de la chose d'autrui.

En effet, que celui qui a perdu sa propriété par un dol véritable ait été injustement dépouillé, c'est ce qui ne peut être ni contestable, ni contesté ; c'est ce qui résulte d'ailleurs invinciblement du jugement qui constate le dol et le réprime. Ce jugement purge le demandeur du reproche d'imprudence. Nous l'avons déjà dit, le dol ne saurait exister si sa réussite est imputable à l'imprudence de celui qui s'en plaint. La constatation judiciaire de l'une est exclusive de l'existence de l'autre.

Les droits du possesseur intermédiaire reposent donc sur une coupable usurpation, d'où la conséquence qu'en les transmettant, il ne peut

[1] Chardon, *du Dol*, t. I, n° 25.

[2] L. 24, Dig., *de minoribus*.

les purger du vice qui les entache. Le tiers qui les a reçus, ne peut les posséder que comme son auteur les possédait lui-même. En réalité donc, il n'y a chez l'un et chez l'autre ni titre sérieux, ni droit légitime.

Malgré son titre apparent, l'auteur du dol vend donc la chose qui ne lui appartient pas, qu'il sait ne pas lui appartenir. Celui qui acquiert de lui achète réellement à *non domino*. Or, aux termes de l'article 1599 du Code civil, une pareille acquisition est incapable de produire aucun effet.

Cet article, d'ailleurs, n'est pas le seul qui proteste contre les tiers, en faveur des droits afférents à celui qui a été injustement dépouillé de sa propriété. L'article 2125 du Code civil dispose que ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble à certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ; à plus forte raison ne peuvent-ils aliéner sans que la vente par eux consentie soit soumise aux mêmes éventualités. Le tiers qui achète ne peut donc se plaindre d'avoir ignoré le péril auquel il succombe. Le dol, en effet, est une cause de rescision contre tous les contrats, et lorsque, par application de cette règle, la propriété qu'il avait acquise et payée lui échappe, il peut bien regretter de n'avoir pas assez vérifié l'origine des droits de son vendeur, mais il doit en définitive subir la rigueur d'un principe écrit dans la loi, et conséquemment obligatoire pour tous, car il est en faveur de tous : *Spoliatus, ante omnia restituendus*.

278. — Ainsi, dans son principe, le droit de revendication se justifie parfaitement. Dans ses effets, il convient de distinguer la nature de l'objet revendiqué. Ils sont en effet très-différents, selon qu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble.

279. — Aucune difficulté ne saurait exister pour ce qui concerne les immeubles. Le jugement qui ordonne la rescision est commun, exécutoire contre tous les tiers détenteurs, obligés dès lors à restituer, alors même qu'ils auraient agi de très-bonne foi.

Toutefois, cette bonne foi n'est pas stérile en leur faveur. Elle produit des conséquences importantes pour les fruits et revenus de l'immeuble. L'obligation de les rendre ne s'applique qu'à ceux perçus depuis la demande en rescision. Pour ceux qui l'ont été précédemment, tel est l'effet de la bonne foi, que le vice du titre disparaît, et que le possesseur est censé les avoir légitimement recueillis : *Bona fides tantumdem præstat possidenti quantum veritas* [1]. Ce principe est reproduit et consacré par l'article 549 de notre Code.

280. — Ce principe reçoit exception dans le cas où, par suite d'un dol indirect, un individu a recueilli, à titre gratuit, le bénéfice d'une disposition légale ou conventionnelle. Dans ce cas, comme il n'est pas permis de s'enrichir *ex detrimento et injuria alterius*, l'obligation de restituer comprend tout ce qui a réellement profité à celui que le dol avait appelé.

281. — Dans tous les cas, le possesseur de bonne foi a le droit de réclamer, contre le revendiquant, toutes les dépenses faites pour la conservation de la chose, et le prix des améliorations et dépenses utiles. Il doit obtenir contre son vendeur, auteur du dol, le remboursement des dépenses voluptuaires et d'agrément. Ce principe, édicté par l'article 1635 du Code civil contre celui qui vend sciemment la chose d'autrui, s'applique évidemment au vendeur de la chose obtenue par le dol.

282. — Enfin, le possesseur de bonne foi prescrit contre le véritable propriétaire par le délai de dix ans, du moment de son acquisition. Conséquemment, si le dol n'est découvert que postérieurement à ces dix ans, ou si ce laps de temps est accompli au moment de la mise en cause du tiers possesseur, toute revendication est impossible.

283. — La revendication des choses mobilières présente beaucoup plus de difficultés. Le possesseur d'un meuble corporel n'est pas tenu d'en justifier la propriété, ni de rechercher à quel titre son vendeur en a la possession. L'article 2279 du Code civil voit dans cette possession un titre légitime. L'acquéreur peut donc se prévaloir de cette disposition, non-seulement en ce qui le concerne, mais encore pour soutenir que celui qui lui a vendu l'objet revendiqué en était bien le propriétaire.

284. — L'article 2279 paraît ne renfermer que des dispositions fort simples. En réalité, cependant, il est peu de textes qui aient donné lieu à plus de controverses. Mais, sans entrer dans un examen minutieux des diverses opinions qui se sont produites, il nous paraît facile de déterminer comment on doit l'appliquer à la matière qui nous occupe.

285. — Il est certain que le droit romain distinguait la propriété des meubles corporels de leur possession. L'une n'était acquisitive de

[1] L. 136, Dig., *de reg. juris*.

l'autre que si elle s'était continuée pendant un délai d'un an d'abord, et que Justinien porta ensuite à trois ans [1]. Le possesseur troublé pouvait intenter l'action possessoire. C'est ce que décidait l'interdit *utrubi*.

Notre ancien droit, tout en refusant l'action possessoire, s'était conformé au droit romain sur la possession en matière de meubles. En Provence, ainsi que dans un grand nombre de pays coutumiers, le détenteur d'un objet mobilier n'en avait acquis la propriété que s'il l'avait possédé paisiblement et publiquement pendant l'espace de trois ans.

286. — Or, en rapprochant de ces principes la disposition de l'article 2279, il est impossible de se dissimuler la différence énorme que celle-ci a introduite dans cette partie de notre législation. A l'avenir la simple possession, au moment où le meuble est livré, constitue pour son détenteur un titre légitime de propriété. Celui-là donc qui l'a reçu de ce possesseur est censé l'avoir reçu du seul et véritable propriétaire. Cette présomption n'est nullement affaiblie par cette circonstance que le vendeur ne l'aurait possédé que depuis un temps plus ou moins long. L'importance de ce caractère a disparu avec la législation qui en faisait dépendre la propriété. C'est ce qui nous est notamment enseigné par l'exposé des motifs de l'article 2279.

287. — Il est vrai qu'il est question dans cet article d'une prescription de trois ans. Mais cette prescription s'applique uniquement à la revendication des choses volées ou perdues, à l'égard desquelles on admet une exception à la règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre, et cette prescription de l'action est elle-même une innovation à la précédente législation. Sous son empire, en effet, ainsi que l'atteste Pothier, la chose volée ou perdue, *res furtiva*, pouvait toujours être revendiquée. Ce droit était considéré comme imprescriptible [2].

288. — On ne saurait donc équivoquer sur le sens de l'article 2279. En fait de meubles corporels la possession prouve la propriété, et cette présomption, si elle peut être modifiée du possesseur actuel à celui qui lui a remis la chose, par le titre qui justifie le véritable caractère de cette remise, reste, par rapport aux tiers, une présomption *juris et de jure*, n'admettant la preuve contraire que dans l'une des deux hypothèses, de perte ou de vol.

N'était-ce pas là d'ailleurs ce que la raison et la justice exigeaient? Le transfert des meubles corporels s'opère sans que la négociation laisse la moindre trace. Dans la plupart des cas, l'acquéreur reçoit et paye, et, lorsqu'il revendra à son tour, nul n'aura l'idée de lui demander l'exhibition de son titre de propriété. Sans doute que pour les meubles, comme pour les immeubles, celui qui a été dépouillé par le dol est injustement dépossédé, et que lui refuser pour les uns ce qu'on lui accorde pour les autres, c'était s'exposer à être taxé d'inconséquence. Mais l'intérêt public ne permettait pas d'agir autrement. On ne pouvait, en effet, laisser, pendant un temps plus ou moins long, la propriété des meubles en suspens, sans s'exposer à jeter le plus grand trouble dans les transactions les plus usuelles, sans revenir sur une foule d'opérations, enfin sans encourager, comme le disait l'orateur du gouvernement, ces procédures sans nombre et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets en litige.

Ainsi la revendication d'un meuble corporel ne peut être exercée que dans les deux cas exceptionnels prévus par l'article 2279, à savoir : celui de perte, celui de vol.

289. — On a voulu cependant soutenir qu'on devait l'autoriser en cas de dol, en assimilant celui-ci au vol. Mais ce système d'assimilation, que l'on appliquait à l'abus de confiance, à la violation du dépôt, n'a pas été consacré par la jurisprudence. Ainsi la cour d'appel de Paris a jugé, le 5 avril 1813, que le propriétaire d'objets vendus par un dépositaire infidèle n'avait pas le droit de les revendiquer contre un tiers acquéreur.

290. — Chardon critique cet arrêt. « Ainsi, dit-il, une chose ne pourrait être revendiquée qu'autant qu'elle aurait été dérobée par un vol qualifié tel par le Code pénal; et toutes celles soustraites à leurs maîtres par de simples larcins, filouteries, escroqueries, abus de confiance et manœuvres frauduleuses seraient irrévocablement perdues pour eux! Cela est inadmissible; les rédacteurs du Code, n'envisageant le vol que dans l'intérêt des personnes qui l'éprouvent, ont dû se borner à un terme générique qui comprend toutes les espèces. Il suffit donc que la chose qui a été vendue soit arrivée entre les mains du vendeur par un moyen illégitime, pour qu'il y ait vente de la chose d'autrui, conséquemment vente nulle, et droit de revendiquer [3]. »

[1] *Inst.*, liv. III, t. VI, *de usucap.*
[2] *Vid.* Troplong, *des Prescript.*, art. 2279.
[3] *Du Dol*, t. Ier, no 41, p. 60.

291. — Cette opinion de Chardon est plutôt équitable que juridique. Elle a d'ailleurs le tort de méconnaître le motif qui a fait autoriser la revendication pour les choses volées ou perdues. Ce qui, dans l'une et dans l'autre de ces hypothèses, a préoccupé le législateur, c'est que, dans chacune d'elles, la chose est sortie de la possession du propriétaire, non-seulement sans son consentement, mais encore à son insu et par une véritable force majeure qu'il ne lui a été donné ni de prévoir ni d'empêcher.

Sans doute, il ne faut pas que ce fait soit le résultat d'un vol qualifié. De quelque manière qu'il se soit réalisé, il suffit qu'il présente le caractère que nous venons d'indiquer pour que la revendication puisse être exercée. Le larcin, la filouterie, quoique différents quant à la pénalité du vol qualifié, ne sont pas moins de véritables vols. L'un et l'autre renferment la *contrectatio fraudulosa* de la chose d'autrui, et, à ce titre, ils rentrent dans le terme générique employé par l'article 2279.

Mais peut-on assimiler aux larcins, à la filouterie, l'abus de confiance, la violation d'un dépôt, l'escroquerie, le dol? Non évidemment, car dans les deux premiers il y a eu remise spontanée et libre des objets entre les mains de celui qui a abusé de la confiance, violé le dépôt. Il y a donc faute ou tout au moins imprudence de la part de celui qui a fait un choix aussi déplorable, aussi mal justifié.

Il est évident cependant que sans cette imprudente confiance les objets qui en ont été la matière ne seraient pas arrivés entre les mains de celui qui les a vendus. Si donc quelqu'un doit supporter les conséquences de l'abus de confiance ou de la violation du dépôt, c'est celui qui a mal choisi ses représentants, et nullement le tiers acquéreur, ayant traité sous la foi d'une possession certaine et dont la loi ne l'obligeait pas de rechercher la cause ou l'origine. Tout ce qu'il savait, c'est que la possession vaut titre, et, s'il a agi de bonne foi et sans fraude, il ne pourrait sans injustice être dépouillé de la chose qu'il a acquise et payée.

Le fait de la remise des objets par le propriétaire, entre les mains du vendeur, est donc capital. Or, c'est ce qui se réalise dans le cas d'escroquerie ou de dol. Sans doute, dans ces cas, la volonté du propriétaire est viciée par des manœuvres coupables, mais le fait matériel existe, et cette matérialité devait suffire en regard des tiers. Supposez, en effet, qu'à l'aide d'une véritable escroquerie un individu soit parvenu à se faire délivrer une partie de marchandises. Cette délivrance est constatée par une facture régulière. Quel tort pourrait-on inférer à celui qui, sur le vu de cette facture, aurait à son tour acheté cette marchandise? N'est-ce pas là l'histoire du commerce? Et l'on voudrait cependant l'obliger à restituer alors que, postérieurement à son achat, le premier propriétaire aurait fait judiciairement constater l'escroquerie? Nous n'hésitons pas à le dire, il n'y aurait dans ce système ni équité ni justice.

292. — C'est ce que la cour suprême a aussi pensé. Dans une espèce où l'escroquerie avait été prouvée, la revendication contre le tiers avait été consacrée par arrêt de la cour d'appel de Paris, du 13 janvier 1834. Mais cet arrêt étant devenu l'objet d'un pourvoi, la cour de cassation ne crut pas devoir le maintenir. La cassation en fut donc prononcée par les motifs suivants :

« Attendu que l'article 2279, après avoir établi qu'en fait de meubles la possession vaut titre, ajoute seulement que dans le cas où la chose aura été perdue ou volée, il y aura lieu à revendication ;

« Attendu que les exceptions sont de droit strict et que leur application doit être renfermée dans le sens rigoureux des termes employés par le législateur ;

« Attendu que le vol ne peut être confondu avec l'escroquerie, vu qu'en fait d'escroquerie l'individu a suivi la foi de celui qui l'a trompé, et qu'il lui a donné, par la vente qu'il lui a faite, un titre indépendamment de la possession ; qu'il n'en est pas de même de la chose volée à l'égard de laquelle il n'y a eu ni vente, ni remise volontaire, et qui, au contraire, a été prise par une voie de fait quelconque [1]. »

293. — Cet arrêt, contraire à l'opinion de Troplong [2], nous paraît irréprochable en doctrine et renfermer une exacte appréciation des motifs qui ont introduit l'article 2279 dans notre législation. D'une part, la revendication des meubles était contraire à l'intérêt public, car elle pouvait entraîner dans les transactions commerciales une immense confusion ; de l'autre, on ne pouvait, sans crainte d'encourager le vol, consacrer la spoliation qui en a été la conséquence.

[1] *Journal du Palais ;* cass., 20 mai 1835.

Nota. Par une erreur singulière, le sommaire précédant cet arrêt indique une solution diamétralement contraire à celle de l'arrêt.

[2] *Des Prescriptions*, t. II, no 1069.

Placé entre deux dangers de ce genre, le législateur devait s'arrêter à un moyen terme conciliant les intérêts divers qu'il s'agissait de régler. Or, ce moyen terme, signalé par le texte même, est bien celui relevé par la cour de cassation. S'agit-il d'une chose enlevée par une véritable voie de fait, sans la participation et le concours du propriétaire, on pourra la revendiquer; au contraire l'enlèvement dont on se plaint s'est-il réalisé au vu et au su du propriétaire, avec son autorisation, toute revendication est impossible, quelque vicieux qu'ait été le consentement donné.

Ce consentement, en effet, dont le tiers n'a pas eu à vérifier les caractères, deviendrait cependant la cause du préjudice que la revendication lui ferait éprouver. Cela suffit pour que l'auteur de ce consentement soit non recevable à faire supporter les conséquences de sa faute, de son imprudence, de son malheur même, à celui qui reste irréprochable à son endroit.

D'ailleurs il est impossible, en matière d'exceptions, de raisonner par analogie, par assimilation. Dans l'espèce où s'arrêterait-on? Après l'escroquerie viendrait le dol; après le dol, la fraude; car si dans l'escroquerie il n'y a pas eu consentement sérieux, il n'y en a pas eu davantage dans le dol et la fraude. Ainsi, d'assimilation en assimilation, la règle prescrite par l'article 2279, qu'en fait de meubles la possession vaut titre, succomberait infailliblement sous de nombreuses exceptions.

294. — Ainsi, le droit de revendiquer ne naît point de l'escroquerie. A plus forte raison en est-il ainsi pour le dol, qui n'est qu'une espèce d'escroquerie moins grave. Celui qui en a été victime n'a donc action que contre celui qui l'a trompé pour la restitution de la chose enlevée, si elle existe encore dans ses mains; pour le faire condamner, si elle est revendue, à lui en payer la valeur. Il ne pourrait mettre en cause le tiers que s'il prétendait que la revente a été acceptée par celui-ci de mauvaise foi et par fraude. Mais la charge de prouver l'une et l'autre lui serait dans tous les cas imposée.

295. — Cette preuve pourrait résulter de la connaissance que le tiers aurait eue de la manière dont la chose était parvenue aux mains de son vendeur. Une pareille connaissance serait exclusive de toute bonne foi, et permettrait de ne voir dans la vente ainsi acceptée qu'un concert pour consommer le dol et pour mettre son auteur à l'abri de la réparation à laquelle il est tenu.

C'est dans ce sens, et très-légalement à notre avis, que l'a admis la cour d'Agen en matière de vente d'objets immobiliers. Elle a, en effet, jugé, le 12 mai 1830, que la connaissance d'un acte sous seing privé qui a déjà dépouillé le vendeur de la propriété de l'objet qu'on acquiert de lui, même par acte authentique, constitue, de la part de celui qui a cette connaissance, un fait de dol et de fraude [1].

Cette décision est parfaitement applicable à notre espèce. Qu'importe, en effet, que l'on sache que le vendeur n'est pas propriétaire de la chose qu'il vend, ou seulement qu'il en est propriétaire à un titre illégitime? L'acquisition faite nonobstant cette connaissance blesse également dans les deux cas les sentiments de la probité et de la délicatesse. Elle doit donc être régie par les mêmes principes.

296. — Il nous reste à examiner la revendication des meubles incorporels. Cette matière n'est plus régie par l'article 2279 du Code civil. Il est, en effet, depuis longtemps admis en doctrine et en jurisprudence, que la maxime, en fait de meubles la possession vaut titre, ne s'applique qu'aux meubles susceptibles d'une tradition manuelle. Les droits incorporels, les titres de créance, les actions, n'étant pas évidemment dans cette classe, échappent aux conséquences que cette maxime autorise et crée [2].

Il est certain, en effet, que pour les objets de cette nature, la possession matérielle du titre constitutif ne saurait constituer une preuve de propriété. Les articles 1689 et suivants règlent les formalités à observer lorsqu'il s'agit de leur transfert. La délivrance du titre doit être accompagnée, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, d'un transport signifié au débiteur ou accepté par lui. Or, les effets de ce transport dépendent nécessairement de la validité du titre en vertu duquel il a été consenti. Si ce titre argué de dol est rescindé par la justice, cette rescision place la cession dans la catégorie des actes faits à *non domino*. Le cédant dépouillé de ses droits n'a pu en transmettre aucuns. Ici reviennent les maximes *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet... resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis.*

297. — Il résulte de là : 1° que le possesseur dépouillé par le dol d'un meuble ou droit

[1] Dalloz, p. 32, 2, 204; voir *suprà*, n° 94.

[2] Troplong, *Prescrip.*, t. II, n° 1065; Vazeilles, p. 280; cass., 12 mai 1824, 4 mai 1836, 11 mai 1839, 4 août 1840; *Journal du Palais*, t. Ier, 1839, p. 263; t. II, 1840, p. 229.

incorporel, qui a fait prononcer la résolution de l'aliénation qu'il en avait consentie, a le droit de suivre la chose et de la revendiquer dans quelques mains qu'il la trouve.

2° Que celui qui a traité avec l'auteur du dol est tenu de restituer le titre qu'il en a reçu, encore bien qu'il en eût payé la valeur, sauf ses droits contre son vendeur. Il ne pourrait obtenir contre le revendiquant que le remboursement des dépenses faites pour la conservation de la chose.

3° Que, si la créance cédée était exigible, ou qu'étant venue à échéance, elle ait été remboursée, le tiers est obligé de restituer ce qu'il a reçu, avec intérêt, à partir de la demande en restitution. Les arrérages perçus de bonne foi jusqu'à cette époque lui appartiennent en vertu du principe consacré par l'article 547 du Code civil.

298. — La faculté de revendiquer les meubles ou droits incorporels reçoit exception :

1° Lorsqu'il s'agit de billets ou bons payables au porteur. Les titres de ce genre sont transmissibles de la main à la main et sans aucune formalité. Leur possession fait donc considérer le porteur comme le seul propriétaire. Ils ne peuvent, dès lors, être revendiqués que si l'on prouve qu'ils ont été volés ou perdus [1], ou que le porteur actuel ne les a reçus qu'à un titre précaire.

2° Lorsqu'il s'agit de traites ou effets commerciaux négociables. L'endossement de ces titres en confère la propriété. Le porteur, à l'ordre duquel cet endossement a été régulièrement transcrit, est, aux yeux de la loi, l'unique propriétaire de la traite. La transmission de ces titres est d'une trop réelle importance pour qu'on ait pu avoir la pensée d'apporter aucun obstacle à leur libre circulation. Le tiers porteur de bonne foi est donc à l'abri de toutes recherches du chef de son cédant ou de tous autres précédents propriétaires.

299. — L'action en rescision doit être poursuivie directement contre les auteurs du dol, alors même que la chose qui en est l'objet serait passée en d'autres mains. D'ailleurs la revendication n'est possible qu'après que les droits de celui qui l'a transférée au tiers ont été infirmés, on comprend dès lors qu'une instance à laquelle il ne serait pas présent ou appelé manquerait d'un de ses éléments essentiels. Seul, en effet, le défendeur principal en dol peut discuter utilement les allégations dirigées contre l'acte, seul il peut fournir, sur les faits et circonstances du procès, toutes les notions pouvant éclairer la conscience du juge et contribuer à rendre sa décision équitable.

Le tiers détenteur n'est pas moins intéressé dans le procès de rescision intenté contre son auteur. Le jugement qui interviendra contre celui-ci refluera nécessairement jusqu'à lui. On ne peut dès lors le faire condamner sans l'avoir mis à même de se défendre. Il doit donc être appelé dans l'instance pour y faire valoir ses droits, ceux de son cédant lui-même, si ce dernier, colludant avec le demandeur, les désertait pour lui porter préjudice.

Au reste, l'appel en cause du tiers détenteur n'est pas seulement dans son intérêt. Il importe également au poursuivant de le réaliser, car la prescription n'est interrompue à son égard que par la poursuite directe dont il est l'objet. Le temps consacré à l'instance, exclusivement dirigée contre l'auteur du dol, pourrait donc, dans plusieurs cas, permettre à la prescription de s'accomplir, et créer ainsi un obstacle invincible à toute revendication ultérieure.

Le tiers détenteur qui ne serait pas appelé dans l'instance, soit parce que le poursuivant ignore la transmission qui lui a été consentie, soit que la connaissant il néglige de le mettre en cause, a toujours le droit d'intervenir, s'il craint que ses intérêts soient compromis. L'intérêt est la mesure de l'action. Or, le tiers en a un puissant à assister aux débats sur la rescision ; il peut enfin former tierce opposition au jugement rendu en son absence.

§ II.

De l'action en dommages-intérêts.

SOMMAIRE.

300. — Objet de l'allocation de dommages-intérêts. A qui appartient l'action.
301. — L'étendue et le chiffre de la condamnation sont laissés à la prudence du juge. Règle à suivre.
302. — Maximum tracé par la loi romaine.
303. — Principes à consulter sous le Code.
304. — Différence dans l'allocation, selon qu'il s'agit d'une faute, d'un fait de mauvaise foi ou d'un dol.
305. — En quoi consistent les dommages-intérêts dans le cas de faute.
306. — Dans le cas de mauvaise foi.
307. — Dans le cas de dol.
308. — Comment faut-il entendre ces mots de l'article 1151 : Ce qui est une suite immédiate et directe du dol.
309. — Opinion de Dumoulin.
310. — Exemple emprunté de Pothier.
311. — Distinction faite par ce jurisconsulte pour le pré-

[1] Cass., 2 nivôse an XII ; *Journal du Palais*. t. III, p. 547.

judice résultant des conséquences éloignées du dol.
312. — Conclusion.
313. — Dommages-intérêts déterminés par la loi elle-même. Intérêts moratoires.
314. — Exceptions que reçoit l'article 1153.
315. — *Quid* si le retard provenait d'un dol?
316. — La saisie-arrêt faite *malo animo* et dans l'intention de nuire donnerait lieu à des dommages-intérêts, indépendamment des intérêts moratoires.
317. — Influence du dol sur le point de départ de ces intérêts.
318. — Différence entre les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires. Conséquence.
319. — Les dommages-intérêts dus au plaideur injustement attaqué sont les dépens de l'instance.
320. — Ne pourrait-on pas, dans le cas d'une mauvaise foi ou d'un dol flagrant, accorder des dommages-intérêts outre les dépens?
321. — Remarquable exemple tiré d'un arrêt de la cour d'Aix.
322. — Contre qui doit être poursuivie l'action en dommages-intérêts.
323. — Conséquences de l'action en matière de ventes d'objets mobiliers.
324. — La réparation pécuniaire du dol est prononcée solidairement contre tous ceux qui y sont tenus comme auteurs ou complices.
325. — L'indivisibilité du fait amène forcément la solidarité.
326. — C'est en effet par ce principe que la solidarité a été admise en matière de quasi-délit.
327. — Coup d'œil historique sur la contrainte par corps, en matière civile, sous les législations précédentes.
328. — Dispositions du Code civil.
329. — Faculté conférée par l'article 126 du Code de procédure civile de la prononcer pour les dommages-intérêts excédant 300 fr.
330. — Modifications que cet article consacre à l'ordonnance de 1667.
331. — La contrainte par corps n'étant autorisée que pour les dommages-intérêts, peut-on la décerner pour la restitution de la valeur de la chose ayant fait l'objet du contrat annulé?
332. — Importance de la solidarité pour l'application de l'article 126 du Code de procédure civile.
333. — Exception à la faculté de décerner la contrainte.
334. — L'héritier de l'auteur du dol n'est jamais contraignable par corps.
335. — Durée de la contrainte déterminée par la loi de 1832.

300. — L'allocation de dommages-intérêts a pour objet d'indemniser la partie lésée du préjudice qu'elle a souffert matériellement ou moralement.

L'existence d'un préjudice autorise donc l'action qui doit en amener la réparation. A ce titre, et par application à notre matière, l'action en dommages-intérêts est ouverte à celui que le dol a égaré, dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsqu'il s'agit d'un dol accidentel. Ce dol, s'exerçant sur une des conditions de la chose qui fait la matière du contrat, n'est pas en général un motif suffisant pour faire prononcer la résiliation de l'acte. L'erreur en résultant, soit sur la qualité de la chose, soit sur le prix, soit sur l'existence d'une servitude, trouve une réparation juste et naturelle dans l'attribution d'une somme de dommages-intérêts, proportionnée à la nature du préjudice ;

2° Lorsque s'agissant d'un dol substantiel, la rescision n'est pas demandée, soit parce qu'elle est impossible, soit parce qu'elle nuirait à la partie lésée. Le défaut de poursuite en rescision n'amnistie pas le dol, le préjudice qu'il a causé n'en doit pas moins être réparé, et cette réparation consiste dans l'allocation d'une indemnité pécuniaire ;

3° Lorsque s'agissant d'un dol substantiel, la rescision demandée ne suffirait pas pour réparer le préjudice souffert. La justice veut en effet que celui qui a été victime du dol soit intégralement restitué de tout le dommage qui lui a été occasionné. La rescision pourrait laisser subsister une partie de ce dommage, qu'une condamnation pécuniaire, accessoirement requise, fait disparaître ;

4° Enfin lorsqu'il s'agit d'un dol indirect. L'auteur de ce dol est responsable des conséquences de son fait. Il est juste qu'il soit tenu d'indemniser la partie lésée, alors même que, s'agissant d'une disposition à titre gratuit, celui qui l'a recueillie doive être dépossédé au profit de cette partie.

301. — Dans tous les cas, l'étendue et le chiffre de la condamnation sont laissés à l'arbitrage des juges. Ce qu'il importe cependant de ne pas perdre de vue, c'est qu'il est dans l'esprit de la loi de concilier les justes droits du poursuivant avec l'équité, qui ne permet pas de pousser jusqu'à des limites trop extrêmes la responsabilité encourue par l'auteur du dol.

Sans doute la conduite de celui qui a manqué aux lois de la probité, de la délicatesse, doit exciter une vive et énergique réprobation ; mais il est une mesure à garder, même dans les sentiments les plus honorables. Plus le mobile qui fait agir est respectable, et plus on doit craindre de s'égarer. N'oublions pas les célèbres paroles de la raison écrite : *Summum jus, summa injuria.* Il faut donc, lorsqu'il s'agit d'une réparation pécuniaire, peser mûrement la gravité des torts reprochés, l'étendue des conséquences qui en sont résultées, et modérer à ces conséquences mêmes l'indemnité à accorder.

302. — C'est sans doute par des considérations de cette nature que Justinien avait cru devoir fixer un maximum que l'adjudication de dommages-intérêts ne pouvait franchir. Avant lui, les magistrats avaient toute latitude dans

leur appréciation, c'est cette latitude que Justinien trouve dangereuse, et à laquelle il croit devoir assigner des bornes : *Melius est hujus modi prolixitatem prout possibile est in angustum coarctare* [1]. En conséquence, et dans aucun cas, les dommages-intérêts ne pourront dépasser une valeur double de la chose ayant fait la matière du contrat.

303. — Le Code qui nous régit n'a tracé aucune limite à l'appréciation des magistrats, mais on se tromperait étrangement si l'on considérait le silence qu'il a gardé sur ce point comme la condamnation de la règle consacrée par la législation romaine. En parcourant le système que notre législation a adopté en matière de dommages-intérêts, on arrive facilement à cette conclusion que l'intention de se tenir sans cesse dans un milieu raisonnable et juste a été le but qu'elle s'est proposé.

304. — En principe, les dommages-intérêts sont de la perte qu'on a faite et du gain dont on a été privé. Certes, rien de plus élastique qu'un pareil principe, mais la manière dont la loi prend soin d'en régler l'application fait disparaître toute espèce de dangers.

Les dommages-intérêts sont réclamés ordinairement pour une faute, pour un acte de mauvaise foi, pour un dol.

305. — Lorsque l'inexécution de la convention donnant lieu à l'action provient d'une simple faute, c'est-à-dire parce que le débiteur se sera témérairement engagé à ce qu'il ne pouvait accomplir, ou parce qu'il s'est mis depuis dans l'impossibilité de remplir son obligation, les dommages-intérêts sont réglés par l'article 1150. Ils comprennent alors la perte éprouvée et le gain dont on a été privé, tels qu'ils ont été prévus, ou qu'on a pu les prévoir lors du contrat.

On suppose donc que les dommages-intérêts sont purement conventionnels. Or, les obligations créées par les contrats ne pouvant se former que par le consentement et la volonté des parties, le débiteur, en s'obligeant aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu et voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir qu'ils pourraient s'élever.

« Ordinairement, dit Pothier, les parties sont « censées n'avoir prévu que les dommages-intérêts que le créancier, par l'inexécution de « l'obligation, pourrait souffrir par rapport à « la chose même qui en a été l'objet, et non « ceux que l'inexécution lui a causés d'ailleurs « sur ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce « cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, « mais seulement de ceux soufferts par rapport « à la chose qui a fait l'objet de l'obligation : « *Damni et interesse propter ipsam rem non* « *habitam.*

« Par exemple, si j'ai donné à loyer pour dix-« huit ans une maison que je croyais m'appartenir, et qu'après dix ou douze ans, mon locataire en ait été évincé par le propriétaire, je « serai tenu des dommages-intérêts de mon locataire, résultant des frais qu'il aura été obligé « de faire pour son délogement, comme aussi « de ceux résultant de ce que le prix des loyers « étant augmenté depuis le bail, il aura été « obligé de louer une maison plus cher pendant « le temps qui restait à courir, car ces dommages-intérêts ont un rapport direct et prochain « à la jouissance qui a fait l'objet de mon obligation et sont soufferts par le locataire *propter rem ipsam non habitam.*

« Mais si le locataire a depuis le bail établi un « commerce dans la maison que je lui ai louée, « et que son délogement lui ait fait perdre des « pratiques et causé un tort dans son commerce, « je ne serai pas tenu de ce dommage qui est « étranger, et qui n'a pas été prévu lors du « contrat.

« A plus forte raison, si dans le délogement « quelques meubles précieux de mon locataire « ont été brisés, je ne serai pas tenu de ce dommage, car c'est l'impéritie des gens dont il « s'est servi qui en est la cause, et non l'éviction « qu'il a soufferte, elle n'en est que l'occasion [2]. »

Cette doctrine a le mérite incontestable de préciser nettement la portée de l'article 1150. Il est évident que dans l'exemple cité, les dommages-intérêts ont pu et dû entrer dans les prévisions des parties ; qu'ils ne constituent qu'une indemnité raisonnable et telle qu'il serait injuste de la refuser. La bonne foi du bailleur lui est utile en ce sens qu'elle détermine une modération dans la peine qui lui est appliquée. Or, on ne saurait aller jusqu'à prétendre que cette bonne foi pût l'exonérer de l'obligation de réparer le préjudice qui en a été la conséquence.

306. — Par une juste déduction, l'absence de la bonne foi aggrave les obligations du débiteur. Dans ce cas, les dommages-intérêts se calculent sur une autre base. La réparation à sa charge comprend alors non-seulement le préju-

[1] *L. unic.* Cod., *de sent. quæ pro eo quod interest.*

[2] *Des Oblig.*, n° 161.

dice résultant de la privation de la chose, mais encore celui dont cette chose a été l'occasion. Nous en trouvons un exemple décisif dans le rapprochement des articles 1634 et 1635 du Code civil.

Ainsi, celui qui a vendu de bonne foi la chose d'autrui doit rembourser à l'acquéreur évincé toutes les réparations et améliorations utiles faites au fonds. Les dépenses voluptuaires et d'agrément, n'étant jamais considérées comme utiles, restent donc à la charge de l'acquéreur. C'est là une application exacte du principe posé par l'article 1150. Le vendeur, en effet, a pu prévoir les dépenses utiles, il a dû penser qu'en bon père de famille, l'acquéreur se livrerait immédiatement à tous les frais que la conservation et l'entretien de la chose exigeraient. Mais on ne peut admettre une semblable prévision pour tout ce qui ne constitue qu'un pur agrément. Il ne serait donc pas juste de l'obliger à rembourser des frais quelquefois en dehors de toute proportion avec la valeur même de la chose.

Mais il n'en est plus ainsi pour le vendeur de mauvaise foi. Celui qui aliène une chose qu'il sait ne pas lui appartenir s'expose à réparer tout le préjudice que l'acquéreur est dans le cas de souffrir. L'acte qu'il s'est permis ne comporte ni excuse, ni atténuation; aussi l'article 1635 met-il à sa charge les dépenses voluptuaires et d'agrément. Sa mauvaise foi fait présumer la volonté de réparer toutes les pertes qu'elle sera dans le cas d'occasionner [1].

On continue donc, dans le cas de mauvaise foi, de considérer les dommages-intérêts comme conventionnels; seulement on fait porter les prévisions des parties au delà de ce qu'elles restent, lorsqu'on a à prononcer contre un débiteur de bonne foi.

307. — Ce n'est plus par le même principe que se règlent les dommages-intérêts dérivant du dol. Il n'y a plus lieu dans cette hypothèse à rechercher quelle a été ou pu être la commune intention des parties, si le préjudice à réparer a été ou non dans leur prévision. L'auteur du dol s'oblige, *velit nolit*, à la réparation de tout le tort qu'il a causé.

Dans ce cas même, aux termes de l'article 1151, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe du dol. Mais, dans ces limites mêmes, la détermination du chiffre n'est pas toujours chose facile.

[1] Domat, liv. III, tit. V, sect. II, no 8.

308. — L'exposé des motifs de l'article 1151 est loin de résoudre cette difficulté. « Dans le cas même de dol, disait l'orateur du gouvernement, les dommages-intérêts n'en ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention. Il ne serait donc pas juste de les étendre à des pertes ou à des gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution. Ainsi on ne doit avoir égard qu'au dommage souffert par rapport à la chose ou au fait qui était l'objet de l'obligation, et non à ceux que l'inexécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionnés au créancier dans ses autres affaires ou dans ses autres biens. »

Ces considérations nous paraissent inadmissibles. Elles ramèneraient, en effet, la règle en matière de dol aux proportions que nous avons vues devoir régir la bonne foi; à ces dommages-intérêts *propter rem ipsam non habitam*, prévus par l'article 1150. Or, il est impossible que l'article 1151, en appliquant les dommages-intérêts au préjudice causé par les conséquences immédiates et directes du dol, n'ait voulu que reproduire le principe déjà écrit dans l'article précédent.

Par la suite immédiate et directe du dol, le législateur a donc eu forcément en vue le dommage souffert par le créancier dans ses autres biens; seulement il l'a réduit au préjudice dont le dol a été l'occasion directe et immédiate, et non à celui qu'on pouvait rattacher au dol d'une manière éloignée, lequel est, d'après les paroles de Dumoulin, sans aucune considération.

309. — Ce jurisconsulte, recherchant le préjudice que doit réparer le locataire qui, par malice, incendie la maison du propriétaire, décide qu'on doit mettre à sa charge la perte de la maison, la valeur de tout ce qui y était renfermé et l'indemnité de la privation de jouissance. *Non autem*, ajoute-t-il, *damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictæ combustionis, sine qua non contigisset; quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione.*

310. — Un exemple que nous empruntons au judicieux Pothier précisera mieux encore la différence d'appréciation résultant des articles 1150 et 1151, et comment on doit déterminer ce qui doit être considéré comme une suite immédiate et directe du dol.

Un marchand vend une vache infectée d'une maladie contagieuse. Mais il ignorait lui-même cette maladie. Les dommages-intérêts dus à l'acquéreur se composeront uniquement du prix de la vache et des dépenses occasionnées pour la

remplacer, alors même que la contagion, s'étant communiquée, aurait fait périr ses autres bestiaux. C'est là le dommage *propter ipsam rem non habitam* que doit exclusivement supporter celui qui a agi avec bonne foi.

Au contraire, la maladie de la vache était connue du marchand, qui en a dissimulé l'existence. Cette dissimulation est un véritable dol qui l'oblige à réparer le préjudice qui en a été la suite immédiate et directe. Évidemment la contagion, qui a fait périr les autres bestiaux, n'a pas eu d'autre cause déterminante que le dol. Le coupable doit donc indemniser l'acquéreur non-seulement du prix de la vache et de la dépense nécessitée par son remplacement, mais encore de la valeur de tout le bétail mort des suites de la contagion et les frais exposés pour le remplacer.

Mais la perte de ses bestiaux peut avoir pour l'acquéreur des conséquences plus fâcheuses encore. Ainsi, il peut soutenir qu'il a été placé par là dans l'impossibilité de cultiver ses terres et privé ainsi de toute récolte ; que cette privation l'a mis dans le cas de ne pouvoir satisfaire à ses engagements, et qu'il s'est vu contraint de laisser exproprier ses biens. Pourrait-il obtenir contre le marchand la réparation de tout ce préjudice?

Il est certain que, dans le fond, la prétention tendant à faire décider l'affirmative n'est pas sans motifs plausibles. On comprend, en effet, que la mort des bestiaux d'une ferme, arrivée pendant une certaine saison, peut exercer une influence fâcheuse sur la position du propriétaire et entraîner même la saisie de ses biens. Mais on répondra avec raison que le défaut de culture et le non-payement des créanciers n'ont qu'une relation indirecte et éloignée avec le fait imputable au marchand, ils n'en étaient même pas les suites nécessaires. Il est positif, en effet, que le propriétaire pouvait cultiver en achetant ou en louant d'autres bestiaux, et qu'ayant eu le tort de ne pas le faire, il a commis personnellement une faute dont il est responsable. En un mot, on peut dire de ces dommages ce que Dumoulin disait pour l'incendiaire, ils peuvent bien être attribués à la mort des bestiaux, sans laquelle ils ne se seraient pas réalisés, mais ils sont réellement nés *ex novo casu*, et conséquemment on ne peut qu'adopter la conclusion de ce jurisconsulte : *Istud est damnum remotum, quod non est in consideratione.*

311. — Cependant Pothier distingue, fort justement selon nous, entre le dommage résultant du défaut de culture et celui déterminé par la saisie des propriétés. Celui-ci, dit-il, ne saurait être en tout ou en partie à la charge du marchand, il n'est qu'une suite très-éloignée et très-indirecte du dol. Il n'y a pas même une relation nécessaire, car, quoique la perte des bestiaux ait influé sur le dérangement de la fortune de l'acquéreur, ce dérangement peut avoir eu d'autres causes.

L'autre, au contraire, paraît être une suite moins éloignée du dol, mais il n'en est pas une conséquence absolument nécessaire. L'acheteur pouvait obvier au préjudice résultant de la perte de ses bestiaux, en faisant cultiver ses terres par d'autres bestiaux qu'il devait acheter ou louer, ou en affermant ses terres, s'il n'avait pas le moyen de les faire valoir lui-même. Néanmoins, comme en recourant à ces expédients il n'aurait pas retiré de ses terres autant de profit que s'il les avait fait valoir lui-même avec les bestiaux qu'il a perdus par le dol du marchand, il est juste que celui-ci l'indemnise, en partie au moins, du préjudice causé par le défaut de cultures [1].

312. — Cette doctrine nous paraît déterminer la véritable signification de l'article 1151 du Code civil. C'est dans les principes enseignés par Dumoulin, Domat, Pothier, que nous rencontrons l'étendue et la portée de cette disposition. C'est là que la pensée du législateur se décèle avec la plus parfaite précision. Nous pouvons donc avec confiance proposer ces principes comme les éléments indispensables de toute appréciation en matière de dommages-intérêts.

Nous n'ajouterons qu'une seule observation, qui nous paraît commandée par l'équité. Si le préjudice éloigné ne doit pas être mis à la charge de l'auteur du dol, tout au moins convient-il de le prendre en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le chiffre de celui qu'il doit réparer. On ne saurait, en effet, se dissimuler, d'un côté, que le dol n'a pas été sans influence sur la réalisation de ce préjudice ; de l'autre, que l'acte de celui qui s'est permis des manœuvres coupables ne soit extrêmement blâmable. Cette double considération est donc de nature à empêcher toute modération dans les dommages-intérêts que la loi impose aux débiteurs. Ils doivent couvrir, dans la mesure qui vient d'être indiquée, l'intégralité du préjudice souffert.

313. — Il est des cas où les dommages-intérêts sont fixés par la loi elle-même. L'article 1153 nous en offre un exemple. Dans les obligations, porte cet article, qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-in-

[1] *Des Obligations*, n° 167.

térêts ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. Cette disposition est fondée sur la présomption que la perte essuyée par le créancier et le bénéfice dont il est privé sont intégralement compensés par les intérêts tels que les tribunaux les adjugent conformément à la loi [1].

314. — La règle tracée par cet article reçoit exception :

1° Pour les matières commerciales. Ainsi, le débiteur d'une lettre de change protestée faute de payement doit non-seulement les intérêts du jour du protêt, mais encore le remboursement des frais de rechange. De même le débiteur en compte courant d'un banquier est obligé de payer, en sus des intérêts, le droit de commission déterminé par l'usage.

2° Pour le cautionnement civil. Ainsi, d'après l'article 2028, la caution qui a payé a son recours contre le débiteur non-seulement pour le capital et les intérêts, mais encore pour le remboursement de tous les frais qu'elle a exposés.

Ces deux exceptions, formellement prévues par l'article 1153, sont fondées : la première, sur l'intérêt du commerce dont les usages acquièrent force de loi ; la seconde, sur l'appréciation exacte de l'obligation du débiteur principal vis-à-vis de la caution. Cette obligation n'est pas, à proprement parler, celle de lui payer telle ou telle somme, mais bien celle de l'indemniser de tout le préjudice que le cautionnement lui a occasionné.

Dans tous les autres cas, le retard dans le payement d'une somme d'argent ne donne lieu qu'à l'adjudication des intérêts légaux, alors même que ce retard serait imputable au dol du débiteur. La stipulation du contrat qui déterminerait de plus grands dommages-intérêts serait censée non écrite, et, dans tous les cas, annulée comme renfermant une usure déguisée.

315. — Il n'en serait pas de même si le retard provenait du fait ou du dol d'une tierce personne. Par rapport à elle, les principes ordinaires reprendraient leur empire, et l'obligation de réparer le préjudice lui serait imposée. Par application de cette règle, la cour de Bastia a jugé, le 9 juillet 1833, que celui qui se croyant propriétaire d'une créance, qu'il pense à tort lui avoir été cédée, en touche le montant, cause par ce fait au véritable propriétaire un préjudice dont il est responsable vis-à-vis de lui et qu'il peut être condamné à réparer en lui restituant à la fois le montant de la somme perçue, les intérêts à compter du jour de la perception et les faux frais par lui faits pour obtenir payement.

Vainement cet arrêt fut-il déféré à la cour de cassation comme violant l'article 1153, la cour suprême n'hésita pas à rejeter le pourvoi [2], pensant avec raison qu'il ne s'agissait pas pour le tiers d'un retard dans le payement d'une somme d'argent ; qu'il y avait, dans l'acte qu'il s'était permis, un fait nuisible dans l'acception de l'article 1382, obligeant son auteur à réparer le préjudice qui en est résulté. A plus forte raison devrait-on le déclarer ainsi si l'acte reprochable constituait un dol.

316. — On doit donc décider que celui qui *malo animo*, et sans aucun droit réel, a fait saisir-arrêter entre les mains de mon débiteur une somme m'appartenant, et l'a ainsi empêché de se libérer, devrait être condamné à réparer le préjudice que ce retard m'aurait occasionné. Il ne saurait même dans ce cas s'agir de l'application de la règle posée par l'article 1153, car si de mon débiteur à moi il n'y a qu'un retard dans le payement d'une certaine somme, il y a autre chose dans la conduite du saisissant à mon égard, il y a un fait nuisible, un véritable dol. Dès lors il doit réparer le préjudice qui en est la conséquence, et non-seulement le préjudice matériel, mais encore le préjudice moral résultant de son inique poursuite. Or, ce dernier pourrait être important s'il s'agissait surtout d'un commerçant dont la position et le crédit ont tant à souffrir de ce qui paraît incriminer sa solvabilité.

317. — Au reste, si du créancier au débiteur le dol est sans influence sur la nature des dommages-intérêts pour le retard dans le payement d'une somme quelconque, il n'en est pas de même quant à l'époque à partir de laquelle les intérêts sont censés courir. La règle tracée par l'article 1153, qui fixe cette époque au jour de la demande, n'est obligatoire que pour les intérêts moratoires, elle ne s'applique donc pas aux intérêts compensatoires.

Le motif qui a fait adopter, pour les premiers, ce point de départ est facile à saisir. Les intérêts ne courent de plein droit que dans les cas et en faveur des personnes spécialement désignées par la loi. Dans toutes les autres hypothèses, le législateur exige la mise en demeure de la part du créancier ; il suppose que le silence gardé par celui-ci est le résultat d'une convention avec le débiteur. La demande de payement réalisée, cette présomption s'évanouit, et

[1] Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs.*

[2] *Journal du Palais*, t. II, 1837, p. 391.

il n'existe plus aucune raison pour refuser ce qui représente la jouissance de la somme qui par le contrat devrait se retrouver aux mains du créancier.

Mais si le silence gardé par celui-ci est la conséquence d'un dol pratiqué à son encontre, il est évident qu'on ne saurait lui en imposer la responsabilité. On ne verrait dans un silence de cette nature qu'un acte imposé par une véritable violence morale, et l'on présumerait naturellement que le créancier eût fait valoir son droit, s'il avait été libre de le faire. C'est par application de cette présomption que la cour suprême a jugé, le 5 août 1823, que les juges peuvent faire courir les intérêts à partir d'une époque antérieure à la demande, s'il est constaté que le créancier a été mis dans l'impossibilité, par le fait de son débiteur, de réclamer plus tôt le payement de la somme due [1].

318. — Les intérêts compensatoires diffèrent des intérêts moratoires, en ce que ces derniers ne sont que la conséquence d'une convention et la peine de son défaut d'exécution, tandis que les premiers sont demandés et accordés à titre de réparation d'un fait dommageable ou d'un dol. On ne saurait donc les ranger sous la même règle et leur appliquer indistinctement la disposition de l'article 1153. Les intérêts compensatoires sont dus du jour où l'acte qui en motive l'adjudication s'est réalisé. Les juges peuvent donc les faire partir de cette époque. C'est un principe consacré par la jurisprudence.

Ainsi il a été jugé :

1° Que lorsque les intérêts sont accordés pour réparation d'un fait dommageable, notamment pour inexécution d'un mandat, ils peuvent être accordés à partir d'une époque antérieure à la demande formée par le mandant contre le mandataire [2];

2° Que celui qui fait illégalement procéder à la vente d'objets possédés par un tiers peut être condamné, à titre de dommages-intérêts, aux intérêts du prix de la vente, à partir du jour même de cette vente [3].

Mais la différence que nous venons de signaler, motivant une exception à la règle de l'article 1153, en entraîne une importante dans l'application. Ainsi, les intérêts moratoires courent de plein droit du jour de la demande et sont indépendants de la preuve d'un préjudice quelconque. Les intérêts compensatoires, au contraire, n'étant qu'une indemnité du préjudice souffert, c'est à celui qui les réclame à prouver préalablement ce préjudice; faute par lui de remplir cette obligation, il ne saurait lui en être alloué aucuns.

319. — L'article 130 du Code de procédure civile nous offre un nouvel exemple de dommages-intérêts déterminés par la loi. En effet, cet article, en disposant que la partie qui succombe supportera les dépens, semble borner à leur payement la peine du téméraire plaideur, quel qu'ait été d'ailleurs le mobile de son action.

320. — Cependant la jurisprudence paraît se départir de ce que cette règle pourrait avoir d'absolu. Il est, on le sait, des procès d'une nature si odieuse, d'une iniquité si flagrante, qu'on ne peut voir dans leur poursuite qu'une spéculation sur le scandale d'une injuste diffamation. Les dépens sont une réparation bien minime en présence du tort grave que l'issue même favorable n'empêche pas le défendeur de subir. Est-ce donc là l'unique satisfaction qu'on doive lui accorder ?

Nous considérerions l'affirmative comme un malheur et un danger. La peine infligée par la loi au plaideur qui de bonne foi s'est trompé sur l'étendue de ses droits est insuffisante pour celui qui sciemment, et dans l'intention de nuire, a soutenu un procès sans autre but que d'obéir à des passions mauvaises. C'est donc à démêler l'intention du demandeur que la justice doit appliquer sa prudente sagacité, et si cette intention, si les moyens employés sont vexatoires et odieux, elle doit appliquer une peine plus forte que les dépens de l'instance [4]. C'est en usant de cette faculté avec un sévère discernement qu'on arrivera à prévenir ces contestations qui affligent et blessent la justice.

321. — La cour d'Aix vient d'en faire une remarquable application. Le comte de Castellanne s'était emparé des mines de houille que les hoirs Coulomb soutenaient être leur propriété. De là un procès dans lequel le comte de Castellanne avait employé les moyens les plus rigoureux et suscité toute espèce de difficultés. Nous en trouvons le résumé dans l'arrêt qui, reconnaissant la propriété des hoirs Coulomb et l'injustice des prétentions de leur adversaire, condamne ce dernier à restituer les mines et à 50,000 francs de dommages-intérêts.

[1] *Journal du Palais*, t. XVIII, p. 93.
[2] *Journal du Palais*, cass., 30 janvier 1826.
[3] *Journal du Palais*, cass., 31 juillet 1832.
[4] *Journal du Palais*; cass., 11 janv. 1837. Voy. arrêt conforme du 1er juin 1844, rapporté par *le Droit*, 3 juin 1844, no 131.

« Considérant, dit la cour, qu'il est irrévocablement jugé que le comte de Castellanne a usurpé la propriété des hoirs Coulomb, et qu'il doit une indemnité à raison de cette usurpation; qu'il est constant que l'indue jouissance du comte de Castellanne a duré trente-quatre ans, de 1809 à 1843;

« Que pour se maintenir dans son usurpation et se soustraire à la réparation due à ceux qu'il a dépouillés, il les a poursuivis sans relâche devant toutes les juridictions, de telle sorte qu'en y comprenant le présent arrêt, il est intervenu entre eux et lui quarante décisions, tant administratives que judiciaires;

« Qu'au nombre de ces décisions, il existe onze jugements et arrêts rendus en matière correctionnelle;

« Que sur la dénonciation expresse du comte de Castellanne, quatre des hoirs Coulomb furent poursuivis criminellement, comme inculpés de vol à main armée; que Joseph Coulomb, l'un d'eux, fut renvoyé par la chambre du conseil; mais que trois autres : Marie Deleuil, veuve de Jean-Joseph Coulomb, Lazare Coulomb et Joseph Brun furent mis en prévention par ordonnance du 14 février 1833, qui fut réformée par arrêt du 29 mars suivant; que Joseph Brun fut arrêté le 4 janvier 1833, en vertu d'un mandat d'amener décerné contre lui, et qu'il fut détenu à Marseille pendant trois mois, n'ayant été mis en liberté qu'en exécution de l'arrêt d'Aix, en date du 29 mars; que pendant le même délai, la veuve Deleuil et Lazare Coulomb, qui avaient pris la fuite, furent obligés de se tenir cachés pour se soustraire à l'exécution de semblables mandats décernés contre eux;

. . . . . .

« Considérant qu'en présence de déclarations aussi explicites, il est impossible d'admettre que c'est de bonne foi que Castellanne a pris possession des mines existantes dans les propriétés des hoirs Coulomb, que c'est de bonne foi qu'il s'est maintenu durant trente-quatre ans dans cette indue jouissance, qu'il résiste depuis trente-six ans aux justes réclamations des hoirs Coulomb, et qu'à l'appui de sa résistance, il n'a pas craint d'invoquer contre eux le concours et l'assistance de l'autorité, de les poursuivre par les voies correctionnelles et criminelles, de leur faire subir une longue prison préventive, de les traîner soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux administratifs, dans des luttes incessantes et dispendieuses, qui ont été pour eux une source de ruine et de misère;

« Qu'une usurpation si flagrante, si longtemps prolongée, soutenue par de si coupables manœuvres, et dont les fastes judiciaires n'offrent peut-être pas d'exemple, impose aux magistrats le devoir de déployer une juste sévérité dans l'adjudication des dommages-intérêts réclamés de ce chef. »

322. — L'action en dommages-intérêts ne peut être intentée et poursuivie que contre l'auteur du dol. Elle ne saurait, dans aucun cas, atteindre celui qui se serait substitué dans la possession de la chose ayant fait la matière du contrat primitif, si ce dernier a traité avec bonne foi.

Conséquemment, et alors même qu'il s'agirait d'un objet soumis à revendication, et que le tiers acquéreur serait cité en commune exécution du jugement à intervenir, cette commune exécution ne saurait être requise au chef qui condamnerait l'auteur du dol à une réparation pécuniaire. Il en serait autrement si le tiers détenteur s'était rendu complice du dol. Nous avons déjà dit que cette complicité résulterait non-seulement de la simulation du titre qui lui a transmis l'objet revendiqué, mais encore de la simple connaissance de l'origine des droits de son cédant. La preuve de l'une de ces circonstances obligerait le tiers à restituer la chose revendiquée, et en outre à payer les dommages-intérêts auxquels il pourrait être conjointement condamné.

323. — En matière de vente d'objets mobiliers, l'auteur du dol peut ne pas être connu. C'est ce qui peut se réaliser lorsqu'un acquéreur trompé revend lui-même de bonne foi à un tiers la chose qui lui a été transmise par dol.

Le possesseur ne connaît que celui qui lui a transmis la chose, il ne peut donc poursuivre la réparation qui lui est due que contre ce dernier.

Mais cette réparation sera ordonnée d'une manière bien différente, selon qu'elle est requise contre l'auteur du dol ou contre le vendeur immédiat. La bonne foi de celui-ci ne laisse à sa charge que les dommages-intérêts résultant de la privation de la chose elle-même : *propter rem ipsam non habitam*, tandis que l'auteur du dol serait tenu intégralement du préjudice occasionné directement par son fait.

Il importe donc au possesseur de le connaître. Son intérêt lui en fait même un devoir. Il a donc le droit d'exiger de son vendeur qu'il lui déclare le nom de celui de qui il tenait lui-même la chose, qu'il lui indique les circonstances pouvant établir ou faire présumer le dol; en cas de

refus, il a le droit de soutenir et de prouver que ce refus n'est pas sincère, qu'il n'a été dicté que par une connivence coupable avec l'auteur du dol. Cette preuve peut être orale, car dissimuler sciemment en pareille matière ; c'est se rendre complice du dol; car cette dissimulation ne peut avoir d'autre objet que d'assurer l'impunité au coupable et de concourir ainsi à la consommation du dol.

Si le vendeur interpellé donne les renseignements demandés, le tiers acquéreur pourra actionner directement le premier possesseur, sans mettre en cause celui de qui il tient lui-même la chose. Que le premier vendeur soit tenu envers le tiers, c'est ce qui ne saurait être contesté. Il suffit qu'un dol ait été commis, pour que celui qui en a été victime ait le droit de poursuivre contre son auteur la réparation du préjudice qu'il éprouve. Qu'importe que celui qui a traité avec l'auteur du dol ait évité lui-même tout dommage en revendant la chose qu'il avait achetée? Celui-ci, comme l'enseignent Dumoulin et Pothier, ne saurait trouver dans cette revente un moyen de s'exonérer de la responsabilité qui pèse sur lui. D'autre part, celui qui a revendu a cédé, avec la chose elle-même, tous les droits qu'il aurait pu faire valoir à son endroit. Le cessionnaire peut donc les utiliser comme son cédant aurait pu le faire lui-même.

Mais l'action intentée contre l'auteur du dol libère le possesseur intermédiaire de toutes les conséquences de la revente, même de l'obligation de restituer le prix qu'il a reçu. Sans doute celui qui a souffert du dol a une double action à exercer : l'une contre son vendeur immédiat, l'autre contre l'auteur du dol. Mais ces deux actions s'excluent l'une l'autre, et la poursuite de la dernière épuise les droits du demandeur. Que pourrait-il demander contre celui qui, de bonne foi, a traité avec lui? La restitution du prix, les dépenses faites pour opérer le remplacement de la chose qui a péri. Or, tout cela, il peut l'exiger et doit l'obtenir de celui qu'il a préféré attaquer. En effet, alors même que celui-ci justifierait de sa bonne foi, il ne serait pas moins tenu du dommage *propter rem ipsam non habitam*, et, nous l'avons dit, ce dommage comprend les deux articles que nous venons de rappeler [1].

Ainsi le plaignant peut, à son choix, exercer l'une ou l'autre des deux actions qui lui sont ouvertes. Mais, ce choix fait, il ne serait plus recevable à revenir contre celui qu'il aurait d'abord négligé, excepté qu'il s'agit de l'auteur du dol. A plus forte raison en serait-il ainsi dans le cas où l'auteur du dol n'était pas connu au moment où le procès contre le vendeur intermédiaire a été poursuivi. Sa découverte postérieure donnerait contre lui une action en payement du solde des dommages que la bonne foi du défendeur aurait empêché d'allouer au poursuivant.

324. — De la nature du fait motivant la condamnation en matière de dol il résulte :

1° Que l'adjudication des dommages-intérêts doit être solidairement prononcée contre tous ceux qui sont tenus comme auteurs ou complices ;

2° Que son payement peut être placé sous la garantie de la contrainte par corps contre chacun de ceux qui y sont obligés.

325. — La solidarité est ici la conséquence de l'indivisibilité de la cause de l'obligation. Il n'y a, en effet, dans le principe de l'obligation qu'un fait unique, à savoir : le dol, c'est-à-dire un ensemble de manœuvres exécutées dans le dessein de nuire, et ayant occasionné un préjudice. Il est donc impossible, soit matériellement, soit intentionnellement, de décomposer ce fait et de déterminer les proportions dans lesquelles il sera imputable à chacun de ceux qui y ont concouru. Telle manœuvre, reprochée à l'un et à l'autre, n'aurait pas suffi pour caractériser le dol. Ce qui le constitue, c'est la réunion de toutes celles qui ont été pratiquées. Le fait de tous devient donc le fait de chacun, et le fait de chacun celui de tous. Conséquemment la réparation est due par tous et par chacun, *per totum et totaliter*.

Ce caractère créait donc inévitablement la solidarité qui, du reste, n'a jamais été contestée par personne. Dumoulin en prend texte pour distinguer le dol de la simple faute, qui n'oblige ceux qui l'ont commise qu'à concurrence de la part qui leur est reprochable. Pothier se contente de l'énoncer comme un principe incontestable.

326. — La question n'a jamais été débattue sous l'empire du Code civil. Mais dans les débats qui ont surgi sur celle de savoir si les quasi-délits obligeaient solidairement, on a excipé précisément de la doctrine que nous venons d'établir, pour conclure à l'affirmative lorsque le quasi-délit a une cause indivisible.

Par suite, la cour d'Aix a jugé, le 1er mars 1826, que lorsque la cause du dommage occasionné à une propriété est indivisible, il y a lieu

[1] Dumoulin, *de eo quod interest*, n° 53; Pothier, *de la Vente*, nos 216, 217.

de prononcer la solidarité contre les auteurs du dommage; qu'ainsi dans le cas où, par la réunion et l'agglomération des vapeurs ou gaz émanés de plusieurs fabriques, il est causé un dommage à la propriété d'un voisin, il peut être prononcé, pour les dommages-intérêts adjugés à ce dernier, une condamnation solidaire contre les propriétaires des fabriques, et cela encore bien qu'on puisse reconnaître dans quelle proportion exacte chacun des fabricants a contribué à l'agglomération des vapeurs.

La cour ayant vu dans le fait imputé aux fabricants un quasi-délit, sa décision était attaquée en cassation sous un double rapport. L'acte reproché, disait-on, était un quasi-contrat et non un quasi-délit. On ne pouvait donc lui appliquer les principes qui régissent ces derniers; dans tous les cas, ajoutait-on, la cause du préjudice étant parfaitement divisible, puisque chacun des fabricants agissait séparément et isolément, la condamnation solidaire ne pouvait se justifier, d'autant plus qu'il était facile de vérifier l'importance relative de la masse des vapeurs provenant de chaque fabrique.

Mais le pourvoi fut rejeté au rapport de M. Lasagni, qui rappelait les principes devant préparer la solution de la difficulté. « Il ne faut pas confondre, disait cet éminent magistrat, la simultanéité avec l'indivisibilité du fait; si le fait individuel de chaque fabricant n'était pas nuisible, la simultanéité de ces faits devenait la cause du dommage. Or ce ne sont pas les faits individuels et isolés de chaque obligé, mais la cause elle-même qui rend indivisible l'obligation.

« De ce que, dans l'espèce, l'obligation résulte d'un quasi-délit, s'ensuit-il que les juges pouvaient prononcer une condamnation solidaire? Cette question serait fort douteuse. La jurisprudence l'a admise en cas de dol et de fraude, il ne s'agit ici que de faute, et elle n'est assimilée au dol que lorsqu'elle est lourde. Aussi, en cas de quasi-délit, ne prononçait-on la solidarité que lorsque le fait imputé était de sa nature indivisible. »

La cour de cassation reconnut l'indivisibilité qu'elle fit résulter, en droit, de ce fait qu'à raison des rapports entre le créancier et le débiteur, la dette n'est point susceptible d'une répartition proportionnelle et d'une prestation particulière [1].

Ce caractère est surtout propre au dol; il ne faut donc pas s'étonner que, de tous les temps et sous toutes les législations, on ait admis en principe que l'obligation qui en résulte est indivisible dans la cause, et que dès lors l'exécution doit en être solidairement prononcée contre tous ceux qui en sont tenus [2].

327. — La contrainte par corps, en matière civile, est loin d'être aujourd'hui ce qu'elle a été sous les précédentes législations.

Ainsi le droit romain avait laissé les citoyens libres de la stipuler et de s'y soumettre pour toute sorte d'engagements. Elle était de plein droit encourue pour cause de stellionat et de dol; elle était de plus considérée comme une voie ordinaire d'exécution des jugements. Le débiteur condamné, qui n'avait pas satisfait au jugement, pouvait, après discussion de ses biens, être contraint par corps, il n'était libéré de cette contrainte que par la cession des biens [3].

Cet état des choses avait formé pendant longtemps le droit commun de la France. La seule modification qu'il eût subi fut celle introduite par l'article 48 de l'ordonnance de Moulins, en vertu de laquelle le jugement de condamnation ne dut plus ordonner la contrainte par corps; mais il était loisible au créancier de la faire prononcer par un second, si après quatre mois révolus le débiteur n'avait pas satisfait au premier.

L'ordonnance de 1667 ouvrit une ère nouvelle; l'article 4 du trente-quatrième titre abroge formellement l'article 48 de la précédente, et fait disparaître la faculté d'obtenir la contrainte après quatre mois du jugement de condamnation. Ce droit est seulement conservé : 1° contre les tuteurs pour le reliquat de leur compte tutélaire; 2° contre tous autres pour les dépens adjugés, s'ils montent à 200 livres et au-dessus; pour les restitutions des fruits et pour les dommages-intérêts au delà de 200 livres.

Puis l'article 6 fait défense à tous *de passer à l'avenir aucuns jugements, obligations ou autres conventions portant contrainte par corps, à tous greffiers, notaires et tabellions, de les recevoir, et à tous huissiers et sergents de les exécuter. Encore que ces actes aient été passés hors du royaume, à peine de tous dépens, dommages-intérêts.*

Dès cette époque, la règle générale devint l'exclusion de la contrainte par corps en matière civile. Elle ne put être convenue ou prononcée

[1] 3 mai 1827; D. P., 27, 1, 228.

[2] Cass., 3 juillet 1817, 21 février 1818; Sirey, 18, 1, 339; 19, 1, 159.

[3] L. 1, Cod., *qui bonis cedere possunt.*

que dans des cas exceptionnels, formellement prévus par la loi. Les articles 4, 5 et 7 de l'ordonnance établissent et énumèrent ces exceptions.

Ainsi disparut cette arme si puissante que l'avidité savait si largement exploiter. La liberté individuelle fut garantie contre la faiblesse des uns et les exigences immodérées des autres. Une règle salutaire et juste fut substituée à l'arbitraire de tous.

328. — Le Code civil a, sur tous les points, consacré le système de l'ordonnance de 1667. Ainsi aujourd'hui, comme alors, la contrainte par corps n'a lieu, en matière civile, que dans les cas qui sont ou qui seront prévus par une loi formelle. En l'absence d'une disposition de ce genre, l'article 2063 fait défense à tous juges de la prononcer, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir de pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étrangers, le tout à peine de nullité, dépens et dommages-intérêts.

L'article 2065 va plus loin encore; même dans les cas prévus par la loi, la contrainte par corps ne peut être prononcée que pour une somme s'élevant à plus de 300 francs.

329. — Remarquons que l'article 2059, qui commande la contrainte par corps pour le stellionat, se tait sur les autres espèces de dol. Ce silence aurait suffi, en l'état de la disposition de l'article 2063, pour faire refuser la contrainte. Mais il a été rompu par l'article 126 du Code de procédure civile, qui permet au juge de l'ordonner, lorsque les dommages-intérêts dépassent la somme de 300 francs.

330. — Cet article modifie sous un triple rapport l'article 2 du titre XXXIV de l'ordonnance de 1667. D'abord, quant à la sanction de la contrainte par corps, le jugement de condamnation doit aujourd'hui la prononcer, tandis que l'ordonnance obligeait le créancier à la requérir quatre mois après le jugement accordant les dommages-intérêts, dans les cas prévus.

Ensuite, quant au chiffre de la condamnation, qui de 200 livres a été porté à 300 francs.

Enfin, quant aux causes motivant la contrainte, l'ordonnance mettait sur la même ligne les dommages-intérêts et les dépens. La loi actuelle garde sur ceux-ci le plus complet silence, d'où il faut conclure, en vertu du principe que la contrainte par corps ne saurait exister que dans les cas formellement prévus par la loi, qu'on ne saurait la prononcer en matière de dépens, à quelque chiffre qu'ils s'élèvent d'ailleurs. C'est dans ce sens que la jurisprudence s'est constamment prononcée [1].

La cour de Toulouse a même jugé, le 20 février 1832, que la prohibition ne cesse pas de subsister alors même que les dépens auraient été adjugés à titre de dommages-intérêts. L'arrêt considère que les dépens prononcés par la loi contre la partie qui succombe ont un caractère spécial qu'on ne peut confondre avec les dommages-intérêts; que conséquemment la faculté accordée en ce qui concerne les dommages ne saurait être appliquée aux dépens, surtout en matière intéressant la liberté individuelle; qu'enfin ce serait violer la disposition prohibitive de la loi, si l'on autorisait la contrainte, parce qu'on aurait qualifié de dommages-intérêts une adjudication que la loi commande comme indemnité des frais exposés pour la poursuite d'une action reconnue fondée, et qu'elle désigne elle-même sous le nom de dépens [2].

331. — La contrainte par corps n'est donc autorisée que pour les dommages-intérêts proprement dits, ou soit pour les sommes allouées pour la réparation du préjudice éprouvé. Doit-on comprendre sous cette désignation la valeur de la chose dont la restitution est ordonnée?

On a soutenu la négative sur le motif que l'expression de dommages-intérêts se prend dans l'acception restrictive et spéciale de ce qui est accordé indépendamment du principal. C'est, dit-on, ce qu'enseigne l'article 1630 du Code civil, qui distingue formellement, dans les cas d'éviction, la restitution du prix des dommages-intérêts que l'acquéreur évincé a le droit d'obtenir; de là, ajoute-t-on, cette conséquence qu'on ne peut confondre ce que la loi elle-même n'a pas confondu, et que la contrainte par corps, ne pouvant être appliquée qu'au payement des dommages-intérêts, ne saurait être prononcée pour ce qui concerne la restitution du prix.

Cette opinion, dont la base unique est la disposition de l'article 1630, ne nous paraît pas devoir être adoptée. Elle donne à cette disposition une signification que l'esprit du législateur repousse. Il est vrai qu'il y est fait mention séparément des dommages-intérêts et de la restitution du prix. Mais cet état des choses n'a pas d'autre but que de déterminer l'étendue de la

[1] Voy. notamment cass., 17 janvier 1832 et 30 juillet 1833; D. P., 32, 1, 79, et 33, 1, 330.

[2] D. P., 32, 2, 139.

condamnation, en fixant d'une manière certaine les éléments qu'elle doit comprendre.

Cet article, d'ailleurs spécial au cas d'éviction, n'est en quelque sorte qu'une reproduction de l'article 1149, avec lequel on doit le combiner. Il ne dit en effet, mais en d'autres termes, que ce que ce dernier a prononcé sur les dommages-intérêts en général.

Or, aux termes de sa disposition, les dommages-intérêts comprennent non-seulement le gain dont on a été privé, mais encore la perte qu'on a pu faire. Quelle peut être la perte que peut supporter l'acquéreur, soit qu'un tiers l'évince, soit qu'il obtienne lui-même la rescision pour cause de dol ? Évidemment, et en première ligne, le prix qu'il a payé et dont il doit obtenir la restitution, et si cette restitution n'est pas effectuée, il n'aura pas réellement reçu la juste indemnité qui lui est due.

Dès lors, pourquoi distinguerait-on entre cette perte et les pertes accessoires que peut entraîner l'inexécution du contrat dolosif? N'a-t-elle pas une cause identique? Pourquoi donc admettre un mode différent de réparation? C'est cependant ce que l'on consacrerait dans l'opinion que nous combattons, ce qui aboutirait à un résultat aussi inique que regrettable. En effet, les pertes occasionnées par l'inexécution du contrat atteindront rarement le degré d'importance de celle qui naîtrait du défaut de restitution du prix. C'est cependant pour les premières seules que le législateur aurait déployé toute sa sollicitude. Il serait allé jusqu'à autoriser la contrainte par corps, tandis qu'il aurait livré la restitution du prix à toutes les chances que la mauvaise foi pourra multiplier, et cela au moment même où cette mauvaise foi est prise en flagrant délit!

Cela ne serait ni juste ni rationnel. L'article 1630 ne peut donc le prescrire. Aussi remarquons que cet article ne dit pas à quel titre la restitution du prix doit être ordonnée. Or, il suffit qu'elle le soit à titre de dommages-intérêts pour que la faculté créée par l'article 126 du Code de procédure civile soit ouverte aux magistrats.

Cette interprétation trouve une grave consécration dans les législations et la doctrine anciennes. Le droit romain, comme le droit français, a toujours admis la contrainte par corps pour la restitution du prix, ainsi que pour les autres pertes résultant de l'inexécution. Cela pouvait tenir, sous l'empire du premier, aux idées qu'on s'était créées sur cette voie d'exécution; mais en France, depuis comme avant l'ordonnance de 1667, on n'a jamais cessé d'enseigner et de pratiquer la même règle; et ce qui aux yeux des célèbres jurisconsultes de cette époque devait le faire admettre ainsi, c'est que : *Pretium rei, et quod interest, idem sunt.*

Si le Code civil a voulu s'écarter de cette règle, il s'en sera naturellement expliqué quelque part. Or, nous venons de le voir, non-seulement l'article 1630 ne fait rien présumer de semblable, mais encore c'est l'intention contraire qui résulte de l'article 1149. Ce que celui-ci exige, c'est que les parties soient, après la rescision du contrat, remises au même état où elles étaient avant; c'est que la personne trompée soit indemnisée intégralement de toutes les atteintes que le dol a pu porter à sa fortune. Or, si c'est là le véritable esprit du législateur, il n'y a plus à hésiter. Il n'est plus possible, en effet, de diviser les éléments de cette indemnité qui comprend virtuellement la restitution de tout ce qui a été payé; et puisque l'indemnité dans son ensemble est accordée à titre de dommages-intérêts, la contrainte par corps, autorisée par l'article 126, peut être demandée et ordonnée.

Il est donc encore vrai que *pretium rei et quod interest, idem sunt,* peu importe que dans la pratique on établisse une division en réclamant séparément la restitution du prix et des dommages-intérêts. Ce mode vicieux d'opérer, que nos anciens auteurs reprochaient aux praticiens de leur temps, ne saurait exercer aucune influence sur les véritables principes de la matière. Nous les résumons dans cette proposition déjà consacrée par la jurisprudence : l'existence constatée du dol entraîne la nécessité d'une réparation, dont l'exécution peut être assurée par la contrainte par corps; cette réparation serait incomplète si elle ne comprenait tout ce que le créancier a déjà payé. Le remboursement du prix est donc un de ses éléments essentiels et doit forcément concourir à déterminer le chiffre des dommages-intérêts dont il fait essentiellement partie [1].

332. — Nous avons déjà vu que l'obligation résultant du dol, étant indivisible dans sa cause, emporte l'exécution solidaire entre tous les débiteurs. Mais cette solidarité n'est pas de plein droit. Il faut que le créancier la réclame, que le juge l'ordonne. Si elle n'a été ni demandée, ni prononcée, le payement de la somme, adjugée à titre de dommages-intérêts, tombe sous l'application des principes ordinaires, c'est-à-dire que, s'agissant d'une somme déterminée, l'obligation

[1] Colmar, 7 avril 1821; Sirey, 21, 2, 259.

se divise par portions égales entre tous les débiteurs.

Cette observation est importante pour l'application à faire de l'article 126 du Code de procédure civile. En effet, la contrainte facultative qu'il autorise est subordonnée à une condition essentielle, à savoir : que les dommages-intérêts atteignent le chiffre de 300 francs. Or, dans le cas où le jugement ne prononcerait pas la solidarité, il ne suffirait pas que ce chiffre fût dépassé pour que la contrainte par corps pût être décernée contre chacun des débiteurs; elle ne saurait l'être que si la division de la somme allouée et sa répartition entre les débiteurs mettaient au moins 300 francs à la charge de chacun d'eux. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la cour de cassation. Un arrêt du 3 décembre 1827 décide, en termes formels, que le jugement qui condamne deux individus à 400 francs de dommages-intérêts, sans leur imposer la solidarité, ne peut prononcer la contrainte par corps, puisque les dommages-intérêts, divisibles entre les condamnés par moitié, ne s'élèvent pas pour chacun d'eux à 300 francs [1].

Remarquons, dans tous les cas, que la contrainte par corps, autorisée par l'article 126 du Code de procédure civile, n'est jamais un devoir pour le magistrat. La loi lui accorde la faculté et ne lui impose pas l'obligation de la prononcer. C'est ce qui distingue cette hypothèse des cas prévus par les articles 2059 et 2060, pour lesquels la contrainte est rigoureusement prescrite.

333. — Au surplus, la faculté créée par l'article 126 n'est pas tellement absolue, qu'elle ne comporte aucune exception. Il est des cas où cette faculté cesse et où, par conséquent, la contrainte par corps ne saurait être prononcée. Ces exceptions sont déterminées par l'âge, l'état, la qualité du débiteur :

1° Age. — Les mineurs, avons-nous dit, ne sont pas relevés de leur dol. Ils doivent donc réparer le préjudice qui en est résulté. Cependant le législateur n'a pas cru que cette réparation dût aller jusqu'à compromettre leur liberté. Il a cru que, même dans leurs écarts, on devait tenir compte aux mineurs de la faiblesse de leur âge, de leur inexpérience et de l'irréflexion qui n'est que trop souvent le mobile de leur conduite. Il les a, en conséquence, exemptés de la contrainte par corps, même dans le cas de stellionat.

De la disposition de l'article 2064 du Code civil, on a conclu que puisque le mineur était affranchi de la contrainte obligatoire, il devait l'être, à plus forte raison, de la contrainte facultative. En réalité donc, même en engageant valablement ses biens, le mineur demeure absolument incapable d'engager sa personne. Ce principe est tellement certain en jurisprudence, qu'on a été jusqu'à décider que la ratification faite par un individu devenu majeur d'une condamnation avec contrainte par corps, prononcée contre lui en minorité, est radicalement nulle quant à la contrainte [2].

Ce que la raison commandait de faire pour les mineurs, l'humanité exigeait qu'on le fît pour les vieillards. La loi a donc assimilé les septuagénaires aux mineurs. Les dommages-intérêts prononcés contre eux ne donneront lieu à la contrainte par corps que s'ils sont motivés sur un stellionat.

2° État. — Des raisons à peu près analogues à celles qui militent pour les mineurs ont fait assigner aux femmes et aux filles une position spéciale à l'endroit de la contrainte par corps.

Comme pour les septuagénaires, elles ne peuvent y être soumises que dans le cas de stellionat. Cette limite, nettement tracée par l'article 2066, exclut la possibilité de prononcer contre elles cette voie rigoureuse dans aucun autre cas, et notamment dans celui prévu par l'article 126 du Code de procédure civile.

Cependant cet article étant postérieur à l'article 2066, on s'est demandé s'il n'avait pas introduit un droit nouveau applicable aux femmes et aux filles. Mais on a reconnu que le législateur ayant, dans celui-ci, procédé par voie d'exclusion, avait, par cela même, exempté les femmes et les filles de la contrainte par corps, non-seulement dans tous les cas actuellement prévus, mais encore dans tous ceux à prévoir par une loi future, à moins que cette loi ne les y soumît formellement. L'article 126 gardant à cet égard le plus complet silence, sa disposition ne saurait être appliquée aux femmes et aux filles que dans les limites de l'article 2066 lui-même.

3° Qualité. — Il est des principes tellement indiqués par la morale publique qu'on ne peut s'empêcher de les observer, alors même que par un oubli fâcheux le législateur ne les a pas formellement consacrés. L'idée, par exemple, d'accorder au père la faculté de faire emprisonner son fils, au fils ou au frère d'exécuter la contrainte contre son père ou son frère, répugnait à toutes les convenances sociales. Aussi, malgré

[1] *Journal du Palais*, année 1827.

[2] Rouen, 15 novembre 1825; D. P., 26, 2, 73.

le silence que les lois régulatrices de la contrainte par corps, y compris le Code civil, avaient gardé sur ce point, la tendance de la jurisprudence vers une exception aussi juste n'avait-elle jamais manqué de se manifester.

La loi du 17 avril 1832 a sanctionné cette exception et comblé la regrettable lacune que laissaient les précédentes législations. L'article 19 défend à l'avenir de prononcer la contrainte par corps contre le débiteur : 1° au profit de son mari ou de sa femme ; 2° de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs ou alliés au même degré.

Cette prohibition est générale, elle comprend les cas de contrainte obligatoire, comme ceux de contrainte facultative, elle s'applique même aux matières commerciales.

334. — L'héritier de l'auteur du dol, tenu du payement des dommages-intérêts, ne saurait être contraignable par corps, personne ne peut aliéner sa liberté que par un acte ou un fait émané de sa volonté. La responsabilité de l'héritier ne va jamais jusqu'à encourir la peine que son auteur avait méritée. Or la contrainte par corps, en matière de dol, est une véritable peine. L'héritier ne peut pas sans doute profiter du dol de celui qu'il représente, mais, étranger à la faute, il doit rester étranger à toute autre peine qu'à la simple restitution par les voies ordinaires.

335. — Avant la loi de 1832, la durée de la contrainte par corps, en matière civile, était illimitée. Ainsi tandis que le débiteur commercial était libéré par un emprisonnement de cinq ans, le débiteur d'une dette ordinaire était obligé d'attendre dans les prisons sa soixante et dixième année, s'il n'obtenait avant sa liberté par un des moyens prévus par l'article 800 du Code de procédure civile.

Cette anomalie étrange, cette sévérité outrée a fait place à un régime plus humain et plus juste. L'article 7 de la loi du 15 avril veut que la durée de la contrainte civile soit fixée par le jugement qui la prononce. Cette durée varie d'un à dix ans pour la contrainte obligatoire, d'un an à cinq ans pour la contrainte facultative, ou lorsqu'il s'agit de fermage des biens ruraux, aux cas prévus par l'article 2062 du Code civil.

SECTION II.

DOL DANS LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

336. — L'importance et la grandeur du mariage expliquent la protection spéciale dont la loi l'a entouré.
337. — Dols nombreux dont il est l'occasion.
338. — Que pouvait, que devait faire le législateur ?
339. — Exceptions au principe de l'indissolubilité du mariage.
340. — Age des parties contractantes. — Consentement des parents.
341. — Les précautions prises à cet égard et la sanction pénale qu'elles ont reçues ne pouvaient s'étendre au dol des époux ou de leur famille.
342. — Exemple d'un mariage simulé pour acquérir des avantages conventionnels ou testamentaires. — Questions qui en naissent.
343. — Solutions qu'elles ont reçues dans un arrêt fort remarquable de la cour d'Aix.
344. — Remarques et observations du directeur du *Journal du Palais*.
345. — Elles n'infirment en rien l'autorité de l'arrêt et l'applicabilité de la doctrine.
346. — En ce qui concerne les époux, il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas eu de consentement spontané et libre.
347. — Faut-il appliquer à ce consentement les règles prescrites par l'article 1109 ?
348. — Disposition de l'article 180 ; n'a-t-il eu en vue que l'erreur sur la personne physique ?
349. — Arrêts ayant admis des analogies.
350. — Opinion conforme de Toullier.
351. — Réfutation.
352. — Le dol ayant déterminé le mariage ne peut le faire annuler, mais il pourrait motiver la séparation de corps.
353. — La séparation ne saurait être refusée au conjoint ayant épousé par erreur une personne condamnée à une peine afflictive et infamante.
354. — *Quid* si la peine a entraîné la mort civile ?
355. — Délai de l'action en séparation.
356. — Le dol exercé sur les conventions matrimoniales produit les mêmes effets que dans les contrats ordinaires.
357. — Impuissance. — Différence entre l'Église romaine et française, quant à ses effets.
358. — A dater du douzième siècle, l'Église romaine elle-même admit la nullité en principe. — Mais difficulté sur le mode de preuve.
359. — Utilité de ce coup d'œil historique.
360. — Justice de la nullité du mariage célébré par l'impuissant.
361. — Motifs qui la firent repousser par les auteurs du Code.
362. — En est-il de même pour l'impuissance accidentelle ?
363. — Opinion affirmative de Toullier.
364. — Réfutation.
365. — Résumé de la matière.

336. — Le mariage est un des actes les plus importants, les plus solennels de la vie. Son but est nettement tracé dans les paroles du célèbre Portalis le définissant : La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée.

La grandeur de ce but explique et justifie suffisamment la protection spéciale dont le mariage a été l'objet de la part des diverses législations qui se sont succédé, les formes impo-

santes qui l'ont sans cesse entouré. Mais, il faut le dire avec regret, elle n'a pu le défendre contre les manœuvres déloyales qui servent quelquefois à le préparer.

337. — Il n'est, en effet, aucune matière où le dol puisse être et soit plus largement exploité. Ici la sainteté du lien n'a pu empêcher qu'il ne devînt l'instrument d'une vile, d'une odieuse spéculation; là les promesses les plus séduisantes, les manœuvres les plus hardies pour donner le change sur l'état de fortune des futurs; on a même vu des personnes qui, pour persuader de leurs ressources, obtiennent et produisent des baux fictifs à l'aide desquels des immeubles, en réalité peu importants, paraissent produire des revenus considérables.

D'autre part, que d'efforts, que de mensonges pour déguiser la véritable condition des parties contractantes. C'est sous les dehors de la plus austère piété, de la vertu la plus sévère, que se cachent la débauche et l'inconduite. Des forçats, portant sur leur épaule le signe indélébile de leur honte, ont osé souiller de leur contact des familles honorables, au sein desquelles les ont introduits les plus infâmes artifices.

Eh puis! le mariage célébré, le voile tombe, la fortune s'évanouit; cette parole, dont le doute eût paru une injure pour la famille dans laquelle on va entrer, n'a été qu'un piége; les qualités recherchées ont disparu. Restent la confusion, les regrets, et quelquefois la honte d'un lien qu'on ne cessera de maudire, heureux encore si un mariage, sortable sous plus d'un rapport, n'a pas enchaîné la force et la santé à la maladie ou à l'impuissance, le vivant au cadavre!

338. — Quel parti devait prendre le législateur contre de pareilles éventualités? S'il eût pu obéir aux inspirations qu'elles font naître, il n'eût pas hésité à dissoudre les liens ainsi formés. Mais la matière était trop grave pour pouvoir permettre d'obéir à ce sentiment équitable et juste. L'importance du mariage, la position des époux, les conséquences naissant pour chacun d'eux de sa célébration, tout commandait une salutaire, une extrême prudence.

Le mariage touche, en effet, aux intérêts sociaux les plus élevés. Il est la source des familles qui, suivant l'expression de M. Portalis, sont la pépinière de l'État. Sa célébration, solennisée par la loi civile, est consacrée par la religion elle-même. C'est sous la double égide des préceptes humains et sacrés que se place la nécessité de sa stabilité; laisser celle-ci flotter au gré des passions et des événements produits par la mauvaise foi, c'était autoriser une atteinte à tout ce que l'homme doit respecter et honorer.

D'ailleurs, que, dans les transactions ordinaires, la loi prononce la nullité du contrat, il lui est facile de remettre les parties au même état qu'auparavant. Pouvait-il en être ainsi pour le mariage? La cohabitation, qui en a été une conséquence immédiate, n'aura-t-elle pas pour l'un des époux les effets les plus déplorables? L'épouse trouvera-t-elle un autre établissement, à peine sortie des bras de celui qui l'a délaissée? C'est donc un avenir plein de douleurs et de regrets que lui préparait l'annulation de son mariage. Et puis, si cette cohabitation a laissé des traces, quelle sera la position des enfants à naître de ce funeste lien? Seront-ils condamnés à gémir d'une faute qui leur a été étrangère, eux, orphelins avant leur naissance, quoique conçus sous l'égide d'un lien autorisé par la loi et béni par la religion?

Eh! ce serait souvent pour un intérêt pécuniaire qu'on irait braver tant et de si graves inconvénients, alors même que le conjoint serait fort innocent de la déloyauté de sa famille! Évidemment ce qui aurait été juste pour l'un des époux serait devenu pour l'autre une cruauté injustifiable. Aussi a-t-on préféré, et l'on devait le faire, s'arrêter au principe de l'indissolubilité du mariage, se reposant, d'un côté, sur les précautions que l'intérêt de chacun commande de prendre avant de le conclure, et de l'autre sur l'amour du père de famille. Personne, en effet, ne peut se le dissimuler; déterminer un mariage, à l'aide d'un des moyens que nous avons indiqués, c'est jouer le sort de son enfant sur un coup de dé. Le désappointement qui naît de la découverte du dol, le ressentiment que souvent on en éprouve, compromet le bonheur des époux et trouble la tranquillité du ménage. Peut-être est-ce là qu'il faut trouver la cause d'un si grand nombre de mariages malheureux.

339. — Cependant le principe de l'indissolubilité du mariage a reçu quelques exceptions. Malgré les considérations qui précèdent, le législateur s'est, dans certains cas, prononcé pour l'annulation du lien. Mais, en examinant chacune de ces hypothèses, on peut se convaincre qu'un intérêt général et public exigeait une pareille détermination. Il n'y a, en effet, nullité que lorsque le mariage a été contracté contrairement aux prescriptions relatives à l'âge des parties, à la publicité de sa célébration, aux consentements requis, aux empêchements de consanguinité. Or le maintien de ces prescriptions est incontestablement d'ordre public.

340. — L'État ne saurait voir avec indiffé-

rence tout ce qui tient à la reproduction de sa population. Il lui appartenait donc de régler l'âge auquel on pourra consentir un mariage sans préjudice pour lui, sans danger pour les époux eux-mêmes. Les formes qui entourent le mariage deviennent le plus sûr garant de l'exécution de la volonté du législateur, il ne pouvait donc en laisser l'observation au gré des caprices des parties. Enfin, son devoir le plus impérieux était de veiller à ce que des unions contractées contre le vœu du père de famille ne vinssent point fouler aux pieds les droits de la puissance paternelle et d'empêcher celles que la nature réprouve et que la morale condamne.

Or, comment obtenir ce résultat autrement que par une sanction pénale énergique contre ceux qui auraient contrevenu aux dispositions prises à cet effet? La nullité du mariage a donc été sanctionnée. Mais que de précautions pour rendre en quelque sorte impossible cette pénalité! Qu'on jette un coup d'œil sur les devoirs imposés à l'officier public, sur les justifications qu'il doit exiger avant de procéder à la célébration, et dont la violation ou l'oubli est de nature à être puni d'une peine corporelle. En faisant de ce fonctionnaire le complice obligé des contraventions commises par les époux, la loi a, par cela même, rendu ces contraventions fort difficiles. Aussi voyons-nous que si les tribunaux ont eu quelquefois à les réprimer, c'est qu'il s'agissait de mariages célébrés à l'étranger et souvent dans l'unique but de se soustraire aux exigences de la loi française.

La loi a donc été conséquente au but que nous avons indiqué, à savoir : de laisser au mariage ce caractère d'indissolubilité et de stabilité qui en est l'essence. Si des raisons graves l'ont déterminée à admettre quelques exceptions, elle ne l'a fait qu'après avoir confié à ses agents la faculté et le devoir de prévenir la réalisation des faits qui les constituent, et rendu ainsi sinon tout à fait impossibles, du moins extrêmement rares, les occasions d'appliquer la peine réservée à ces exceptions.

341. — Mais contre le dol des époux, de leur famille, la loi ne pouvait prendre aucune précaution. Aussi n'a-t-elle voulu le punir que dans des limites extrêmement bornées. C'est ce dont nous allons nous convaincre en parcourant les diverses hypothèses dans lesquelles ce dol peut se réaliser.

342. — Avant d'entrer dans l'examen des effets du dol dans la préparation et dans la célébration du mariage, nous devons parler d'un cas dans lequel le mariage n'est qu'un moyen dolosif pour acquérir des avantages conventionnels ou testamentaires dépendants de son existence.

Exemple : Paul a légué à Pierre une somme plus ou moins importante, à condition qu'il se mariera. Pierre, désireux de cumuler les douceurs du célibat et les profits du legs, contracte un mariage. Ce mariage a toutes les formes extérieures requises. Cependant, au fond, il n'a rien de réel. Concerté entre les deux prétendus époux, il est aussitôt rompu que formé et ne reçoit aucune exécution. Cependant Pierre, prétendant avoir rempli la condition exigée, demande la délivrance de son legs. Cette demande doit-elle être accueillie?

Cette hypothèse, qui paraît purement imaginaire, s'est cependant présentée, ainsi que nous allons le voir. Elle offre à décider la question de savoir si des tiers peuvent quereller de simulation un mariage non attaqué par les ayants droit, et si, en supposant l'affirmative, les tiers sont dans l'obligation d'en faire prononcer la nullité pour se refuser à remplir la convention subordonnée à son existence.

343. — La solution de ces deux questions se trouve consacrée dans l'espèce suivante, jugée par la cour d'Aix, le 4 mars 1813 :

« En 1753, testament de Nicolas-Thomas Ardizzoni, avocat à Taggio, en Ligurie, par lequel il lègue l'usufruit de ses biens à sa femme, en la chargeant de constituer à ses filles, non encore mariées, une dot convenable, et, au surplus, institue pour son héritier Jean Ardizzoni, son fils, médecin.

« Il faut observer que, suivant les lois liguriennes, la dot, constituée aux filles par testament, ne leur était acquise que par leur mariage; à défaut de mariage, elles n'en avaient que l'usufruit et le fonds demeurait propre aux mâles.

« En 1765, la veuve Ardizzoni fit aussi son testament, par lequel elle institua pour son héritier le même Jean Ardizzoni, son fils; et, en vertu des pouvoirs à elle donnés par son mari, elle constitua à chacune de ses filles, Jeanne et Brigitte, non encore mariées, une dot de 5,000 francs, argent de Gênes hors banque, dont, au cas où elles ne se marieraient pas, elle leur interdit la disposition au profit de tout autre que leur frère ou ses héritiers, sauf une somme de 200 francs pour le salut de leur âme. Cette disposition fut approuvée le même jour par Jean Ardizzoni, héritier institué.

« Celui-ci fit aussi son testament en 1768. Il légua l'usufruit de ses biens à sa femme et à

Brigitte, sa sœur, institua ses trois fils ses héritiers, ordonna que sa femme et sa sœur demeureraient avec ses enfants, à peine de déchéance de l'usufruit légué, et, en cas de mariage de l'une ou de l'autre, ou de leur séparation d'une manière quelconque d'avec ses enfants, il les réduisit à leur dot respective.

« Jean Ardizzoni a survécu longtemps à son testament. En 1791, il souscrivit une obligation sous seing privé d'une somme de 300 francs au profit de Jeanne, sa sœur, alors veuve d'un sieur Boëri, et celle-ci est morte après avoir fait un testament par lequel elle avait institué pour son héritière Brigitte, sa sœur.

« Jean Ardizzoni n'est décédé qu'en 1795. Deux ans après, Brigitte a quitté ses neveux, au moyen de quoi elle a perdu la portion de l'usufruit qui lui était léguée et s'est trouvée réduite aux seuls intérêts de la dot, car, n'étant pas mariée, elle ne pouvait en exiger le fonds.

« Pour vaincre cet obstacle, voici à quel moyen elle eut recours.

« Le 29 octobre 1798, il fut célébré ou il parut se célébrer un mariage entre Brigitte et un nommé Luc Admiranti, mendiant de profession. Cet homme était alors malade dans un hôpital. Il fut représenté à la célébration par un sieur Carli, prêtre, en vertu d'une procuration portant, outre ce pouvoir, une cession de droit ainsi conçue : *Et comme ledit Admiranti ne veut pas se mêler du recouvrement de la dot, droits dotaux et legs pieux qui compètent à la future, il cède et transporte audit sieur Carli, présent et acceptant, tous les droits, raisons et actions qui lui compètent ou peuvent lui compéter, soit à l'égard de ladite dot, soit à l'égard desdits droits dotaux et legs pieux, en le subrogeant à sa place en ses droits et en le constituant, par procuration, son procureur* AD VOTUM ET CUM LIBERA TANQUAM UT ALTER EGO, *en sorte qu'on ne puisse lui opposer le défaut d'aucun pouvoir.*

« Il paraît constant que Brigitte n'a jamais vu son prétendu mari, qui a continué son métier de mendiant et qui est mort en 1800.

« Les choses sont restées en cet état jusqu'en 1807, époque à laquelle Brigitte, se disant veuve Admiranti, fait assigner ses neveux au tribunal de première instance de San-Remo pour se voir condamner à lui payer : 1° la somme de 5,000 francs, monnaie de Gênes, avec intérêts; un trousseau ou sa valeur ; 2° la portion de l'usufruit à elle léguée par son frère depuis le 7 mars 1795, jusqu'au jour de son mariage ; 3° 1,600 francs qui restaient dus sur la dot de sa sœur Jeanne, dont elle était héritière instituée ; 4° les 300 francs à elle dus suivant le billet souscrit à son profit par le défunt Jean Ardizzoni.

« Ses neveux l'ont soutenue non recevable sur tous les chefs. Ils ont surtout révoqué en doute le mariage ; mais elle a rapporté l'acte de sa célébration, ils l'ont alors querellé de simulation et de fraude. Condamnés en première instance, ils émirent appel et reproduisaient devant la cour les moyens repoussés par le tribunal.

« Au système de simulation et de fraude dans le mariage, l'intimée répondait : On ne peut contester un mariage célébré dans les formes prescrites par les lois du pays où il a été contracté ; le soutenir simulé sans l'arguer de nullité, c'est une contradiction... La cohabitation des époux n'est pas essentielle au mariage ; c'est un contrat qui se forme par le seul consentement, et le défaut par les parties d'accomplir les obligations qu'il impose n'annule ni n'altère le lien qui n'en existe pas moins. En dernière analyse, le mariage est un acte de l'état civil qui ne peut être simulé ni querellé comme tel. Il suffit qu'il existe et qu'il soit prouvé par écrit, pour réaliser la condition des libéralités faites dans le cas où il y aurait mariage.

« Ces prétentions, combattues par l'éloquent Manuel, furent rejetées par la cour. L'arrêt qui intervint décida, contrairement à ce qu'avait admis le premier juge, qu'un mariage peut, sans être annulé, être déclaré frauduleux et simulé, et, comme tel, incapable de donner ouverture aux avantages testamentaires ou conventionnels dont il a été la condition. Voici, en droit, les motifs de cet arrêt :

« Considérant que dans le statut ligurien les dots des filles leur tenaient lieu de tous les droits et pouvaient être grevées de toutes charges par le constituant; que celle réclamée par la veuve Admiranti devenait propre à ses neveux dans le cas où elle garderait le célibat, sauf la réserve de deux cents francs pour le salut de son âme; que la partie de l'usufruit léguée à ladite veuve par son frère, et qui devait cesser dans le cas où elle quitterait ses neveux ou se marierait, ne l'a point affranchie de la condition qui lui était imposée par la mère commune, ni pu lui donner la propriété de sa dot, assurée à ses neveux dans le cas où elle ne se marierait pas ; qu'il reste donc à examiner si cette condition a été remplie ;

« Considérant qu'il faut distinguer la validité du contrat et son efficacité; que les appelants seraient non recevables à contester la validité

du mariage de leur tante dès l'instant qu'il est régulier; mais ils peuvent avec succès lui refuser l'efficacité quant à la condition pour laquelle il était nécessaire. lorsqu'on en excipe contre eux; que c'est un principe de droit commun qui était en vigueur dans la ci-devant Ligurie, que *contractus imaginarii juris vinculum non obtinent*, surtout à l'égard des tiers dont ces contrats simulés blessent les intérêts; que bien loin que cette règle soit étrangère aux mariages et aux divorces, elle est au contraire appuyée sur divers textes des lois romaines. La loi 30, Dig., *de rit. nupt.*, a dit : *Simulatæ nuptiæ nullius sunt momenti;* la loi *si filius*, Dig., *de divortiis*, porte aussi : *Imaginaria repudia et simulata nullius sunt momenti;* la raison en est donnée par la loi 3, Dig., *de divortiis;* c'est qu'il n'y a pas intention de réaliser une séparation éternelle, tout comme il n'y a pas réellement mariage, là où les deux époux n'ont pas eu l'intention de s'unir pour toujours [1]. »

344. — Ledru-Rollin se demande, à la suite de cet arrêt, pourquoi, sous la législation qui nous régit, un mariage ne pourrait pas, comme tout autre acte, être déclaré dolosif ou frauduleux, si les circonstances prouvent que les parties n'ont pas eu réellement l'intention de s'unir et de vivre ensemble dans la société conjugale; si elles établissent que les formes et les cérémonies n'ont véritablement été qu'une comédie, qu'une feinte employée pour faire arriver ostensiblement la condition d'un legs, d'une donation? N'est-il pas clair, poursuit ce jurisconsulte, que dans ce cas l'intention du testateur ou du donateur n'a point été remplie; que le fait prévu n'est pas réellement arrivé et qu'on n'a eu d'autre but que de profiter de la libéralité, en trompant, en éludant la condition? Pourquoi alors, sans déclarer le mariage nul, ne pourrait-on pas le priver de l'effet qu'on a voulu lui faire produire par fraude?

D'un autre côté, continue Ledru-Rollin, comment ne pas être effrayé des dangers que peut présenter l'investigation nécessaire à laquelle les juges devront se livrer de la vie intime des deux époux, des causes qui auront pu donner naissance au mariage et motiver ensuite une séparation? N'est-il pas à craindre qu'à l'intention présumée des contractants les juges ne substituent leurs propres passions et même leur opinion?

345. — Quelque puissantes que soient ces dernières considérations, elles ne nous paraissent pas de nature à faire résoudre la difficulté dans le sens contraire à celui de l'arrêt que nous venons de transcrire. Chacun a le droit de se mettre à couvert du dol de quelque manière qu'il se manifeste, fût-ce même par un mariage, et de là naît, pour le magistrat, le devoir et l'obligation de le réprimer partout où il le découvre. Dans toutes les hypothèses, en effet, le préjudice est le même pour celui qui doit en souffrir. Lui refuser, dans tel ou tel cas, la réparation qui lui est due, ce serait le punir de l'excès de précaution déployé par son adversaire et consacrer une injustice flagrante.

Qu'on veuille bien le remarquer d'ailleurs, les considérations qui militent en faveur de l'indissolubilité du mariage ne peuvent, dans ce cas, subir aucune atteinte. Il est, en effet, entendu que non-seulement le mariage ne sera pas annulé, mais encore que toute attaque contre sa validité sera irrecevable. Celui-là donc qui aurait contracté un lien honteux pour acquérir par des voies illégitimes un avantage quelconque resterait à tout jamais sous le joug qu'il se serait forgé. Il suffit aux tiers intéressés de faire prononcer que cet acte sera sans effet contre eux pour conserver la possession des biens qu'on voulait leur arracher.

Le juge ne doit donc pas hésiter, lorsque, à l'aide des moyens que la loi lui donne, il a acquis la conviction de la simulation du mariage, à protester énergiquement contre ce dol; et, tout en respectant le mariage, à le priver de l'effet qu'on a voulu lui faire produire. Telle est aussi l'opinion de Ledru-Rollin, et, ce qui le prouve, c'est l'adhésion entière qu'il donne à l'arrêt de la cour d'appel d'Aix; il ne l'approuverait certes pas s'il croyait qu'il renferme une violation de la loi qui nous régit.

Il est vrai que les magistrats qui l'ont rendu invoquent soit le statut ligurien, soit les textes de la loi romaine, mais ils ne cherchent dans le premier que les principes sous l'influence desquels on devait ranger les droits de la demanderesse sur sa dot, droits qui s'étaient ouverts avant la promulgation du Code civil, et dans un pays alors étranger; ils ne demandent au second qu'une règle d'interprétation de la volonté de notre législateur, lequel, ayant virtuellement consacré le principe que les contrats simulés ne peuvent produire aucun effet contre les tiers, s'est par cela même, et quant aux conséquences de ce principe, approprié les dispositions du droit romain relativement au mariage.

Nous conviendrons sans peine que, dans l'ap-

[1] *Journal du Palais*, t. II, p. 179.

plication, le système consacré par l'arrêt offrira beaucoup de difficultés. Indépendamment de celles que présente toujours un procès en nullité pour dol, on en rencontrera bien d'autres lorsqu'il s'agira d'apprécier si un mariage est ou non simulé, mais la prudence des magistrats saura dans tous les cas faire bonne et exacte justice. Ils ne perdront jamais de vue que la preuve même de la simulation ne saurait être admise que lorsque son existence est rendue vraisemblable par un ensemble de faits significatifs comme l'étaient ceux de l'espèce jugée par la cour d'Aix. Il ne suffirait donc pas que le mariage eût été suivi d'une séparation immédiate des deux époux, il faudrait en outre que les antécédents, que la position des parties vinssent indiquer le véritable caractère de cette séparation, et prouver ainsi le concert des deux époux et conséquemment la simulation du mariage.

346. — En ce qui concerne les époux eux-mêmes, il n'y a de mariage valable que celui qui est librement consenti par chacun d'eux. L'article 146 du Code civil assigne au mariage le caractère que lui reconnaissait la loi romaine : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* [1].

Il n'y a donc pas réellement de mariage, s'il n'y a pas, de la part de chacune des parties, un consentement éclairé, spontané et libre.

347. — Faut-il appliquer au mariage la disposition de l'article 1109 et décider la nullité lorsque le consentement n'a été donné que par erreur, ou lorsqu'il a été surpris par dol, ou extorqué par violence?

En droit commun, le consentement vicié par une de ces circonstances est jugé incapable de créer un lien obligatoire. Si donc il fallait examiner l'article 146, sous l'influence de ce droit, la question que nous avons posée devrait se résoudre par l'affirmative.

Mais ici se présentaient les considérations que nous avons déjà rappelées et qui plaçaient le mariage dans une catégorie spéciale et exceptionnelle. Nous n'avons pas à nous occuper de la violence dont l'effet est pour le mariage le même que pour tous les autres contrats. Mais pour ce qui concerne l'erreur, soit accidentelle, soit produite par le dol, nous trouvons l'exception parfaitement établie par l'article 180 du Code civil. Cet article, en effet, amène à cette conséquence que le mariage ne peut être annulé pour cause d'erreur que lorsqu'il y a eu *erreur dans la personne.*

La valeur de ces expressions n'était pas douteuse sous le droit ancien. L'erreur dans la personne ne s'entendait que de l'erreur sur la personne physique. Il n'y avait donc nullité que lorsque celle qu'on avait épousée n'était pas celle que l'on voulait épouser.

Toute autre erreur sur les qualités civiles du conjoint ne produisait aucun effet. C'est ainsi que des mariages contractés avec des individus morts civilement avaient été validés par les parlements [2].

348. — L'article 180 a-t-il voulu consacrer la même doctrine? Le doute naît de la discussion que l'article 146 subit au conseil d'État. Dans le projet primitivement présenté, cet article était ainsi conçu : « Il n'y a pas de mariage sans consentement; il n'y a pas de consentement s'il y a eu violence, *s'il y a eu erreur dans la personne que l'une des parties avait eu l'intention d'épouser.* » Cette rédaction ayant été rejetée, on a voulu en conclure que l'article 146 se référait explicitement à l'article 1109. On concluait surtout à une dérogation aux anciens principes, de cette circonstance que la cour de cassation, trouvant l'expression *personne* beaucoup trop vague, avait demandé qu'on y substituât celle d'*individu*. Or, cette substitution, qui réellement inspirait la pensée d'une erreur *physique*, ayant été rejetée, il s'ensuivrait, a-t-on dit, que le législateur n'a pas voulu borner à celle-ci la nullité du mariage.

Mais les mots retranchés dans l'article 146 se retrouvent dans l'article 180; et, malgré que l'amendement de la cour de cassation n'ait pas été consacré, cet article a été interprété, par l'orateur du gouvernement, dans le sens des anciens principes.

« L'erreur dans le mariage, disait Portalis, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe, ou je suis trompé par un singulier concours de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré; le mariage est nul [3]. »

Il résulte évidemment de ces explications, que sous l'empire de l'article 180, toutes les fois que la personne que l'on a épousée est bien celle

[1] Loi 30, Dig., *de reg. juris.*
[2] Pothier, nos 304, 313.
[3] *Exposé des motifs.*

que l'on a cru et voulu épouser, le mariage est inattaquable, alors même que cette volonté eût été déterminée par une erreur née des circonstances ou inspirée par le dol sur la véritable condition, sur les mœurs, la fortune, la qualité de cette personne. Ainsi celui qui, croyant s'unir à une femme vertueuse, a épousé une infâme prostituée; celle qui, croyant se donner à un homme honorable, aurait épousé un forçat, ne saurait faire prononcer la nullité du mariage [1].

349. — Telle est, positivement, la rigueur du principe. Cependant quelques cours d'appel s'en sont écartées. Ainsi, celle de Colmar a jugé, le 6 décembre 1811, qu'on pouvait considérer qu'il y a erreur dans la personne capable d'emporter la nullité du mariage, lorsqu'une catholique a épousé un ci-devant moine profès dont la qualité lui a été celée. De son côté, la cour de Bourges a décidé, le 6 août 1827, qu'un mariage peut être déclaré nul, lorsque l'un des contractants, par suite de faux ou de manœuvres frauduleuses, a pris un nom de famille ou des qualités qui ne lui appartenaient pas, si d'ailleurs cette double circonstance a été pour l'autre époux la cause déterminante du mariage [2].

Le premier de ces arrêts applique au mariage les principes généraux en matière de consentement; le second excipe du rejet de la substitution du mot *individu* à celui de *personne* pour en induire que la loi laisse à l'appréciation du magistrat les circonstances constituant l'erreur sur la personne; il admet que cette erreur existe lorsque les manœuvres qui l'ont déterminée ont été la cause efficace du mariage; en d'autres termes, la cour de Colmar se décide par l'article 1109, celle de Bourges par l'article 1116; l'une et l'autre ne voient ainsi dans le mariage qu'un contrat soumis au droit commun en matière de consentement et de dol.

350. — C'est là, à notre avis, une violation manifeste de l'article 180. Cependant ces arrêts ont rencontré des approbateurs. Un de nos plus éminents jurisconsultes, Toullier, a même érigé leur système en doctrine. Prouvons que cette doctrine ne saurait être admise et nous justifierons par là même les reproches que nous faisons à ces deux arrêts.

351. — Toullier refuse à l'article 180 le sens que lui donnait Portalis lui-même; il n'y a pas d'exemple, dit-il, d'un mariage contracté par erreur sur l'individu ou sur la personne physique, car, lorsqu'on se présente devant l'officier de l'état civil pour se marier, on agrée la personne physique qu'on a devant les yeux. Conséquemment, réduire la règle à l'erreur sur la personne physique ou sur l'individu, ce serait l'anéantir presque totalement. L'erreur ne peut guère tomber que sur la personne morale ou sociale, c'est-à-dire sur les qualités qui la constituent.

Cependant Toullier reconnaît que l'erreur sur la condition ou le rang qu'une personne tient dans la société, sa fortune, ses mœurs, son caractère, enfin, sur son état civil, sa patrie, son nom, sa famille, alors même qu'elle serait le résultat du dol personnel de l'époux, n'annulerait pas le mariage, car, dit-il, il n'est pas présumable que les époux aient fait de ces qualités une condition irritante du mariage.

« Mais, continue Toullier, l'erreur sur la qualité, sur le nom, sur la famille, peut quelquefois dégénérer en erreur sur la personne ou, comme disent les auteurs, renfermer l'erreur sur la personne; elle peut aussi être produite par le dol personnel de l'un des conjoints et être telle qu'il est évident que sans ces manœuvres le mariage n'eût point été contracté.

« Ainsi, l'erreur sur la qualité renferme erreur sur la personne lorsqu'il paraît par les circonstances que c'est la qualité seule qui a déterminé la volonté de l'autre époux; que cette qualité était une condition tacite, sans laquelle le mariage n'eût pas été contracté, *ce qui ne peut guère arriver qu'à l'égard d'une personne inconnue de l'autre époux avant le temps de la célébration du mariage.* »

Ces derniers mots de Toullier renferment la réfutation de son système, car ils indiquent nettement que ce qu'il appelle erreur sur la qualité n'est pas autre chose que l'erreur sur la personne, ainsi que nous allons le prouver. S'il fallait l'entendre autrement, on devrait arriver à une conclusion contraire à celle que Toullier a tirée.

Le vice de cette dernière est de substituer à la règle invariable, que la loi a tracée dans l'article 180, l'appréciation nécessairement variable du magistrat; c'est ensuite de donner à cette appréciation les éléments que l'article 1116 impose pour le cas de dol aux contrats ordinaires.

Or, nous l'avons déjà dit, s'il fallait examiner le mariage sous l'empire absolu de cette disposition, on arriverait à la nullité dans presque tous les cas d'erreur. Il est difficile, en effet, que dans cette matière l'erreur n'ait pas été produite par le dol. Comment persuader que

[1] Ainsi jugé en 1838 par le tribunal civil de la Seine.

[2] *Journal du Palais*, années 1811, 1827.

l'on est riche sans invoquer des titres justificatifs, sans les produire? Comment s'attribuer un nom qui ne vous appartient pas, une position sociale à laquelle on n'a aucun droit, si des pièces fabriquées ne venaient pas ostensiblement justifier cette usurpation? C'est donc par le faux qu'on arrivera à tromper; n'y eût-il qu'un mensonge, qu'on se trouverait encore en présence de circonstances telles, que le dol serait incontestable. Le dol n'existe-t-il pas lorsqu'on dissimule, dans le dessein de tromper? *Qui insidiose dissimulat.*

Si donc il fallait s'en référer aux principes généraux, l'erreur n'étant, dans toutes ces hypothèses, que le résultat du dol, le consentement qu'elle aurait déterminé serait frappé d'incapacité, et le mariage qui en aurait été la conséquence devrait être annulé. Le contraire est cependant enseigné par Toullier lui-même. Ne nous apprend-il pas, en effet, que le lien est indissoluble, quoiqu'on ait épousé une roturière la croyant noble, une fille pauvre la croyant riche, une prostituée qu'on croyait vertueuse? quoiqu'on ait été trompé, par un dol personnel, sur le nom, la famille, la patrie du conjoint qu'on s'est donné?

Quelle sera donc la qualité sur laquelle l'erreur deviendra erreur sur la personne? Les diverses hypothèses qui viennent d'être rappelées les comprennent toutes. Aussi Toullier admet-il que ce soit l'une d'elles, mais à condition que la qualité sur laquelle elle a porté soit telle que la supposition ait été la cause déterminante du mariage.

Mais cette condition se rencontre précisément dans les cas pour lesquels Toullier admet l'indissolubilité du lien. Certes l'époux qui demande la nullité du mariage pour cause d'erreur, et à qui l'on reprocherait de n'avoir pas fait, de l'existence de la qualité supposée, une clause irritante du mariage, répondrait avec raison que la preuve du contraire se trouve dans sa demande même; que la qualité alléguée l'a tellement déterminé à conclure, que son absence lui fait demander la rupture du lien qu'il a formé dans la fausse persuasion de son existence. Comment, ajouterait-il, puis-je vous convaincre que la connaissance de la vérité m'eût empêché de traiter, d'une manière plus énergique qu'en réclamant d'être exonéré de l'engagement né de l'erreur dans laquelle on m'a jeté?

Au fond, cette prétention ne serait pas aussi futile qu'on pourrait le croire. Il est sans doute des cas où la vérité, connue avant le mariage, n'aurait peut-être pas empêché sa célébration. Aussi on peut admettre que celui qui a épousé une roturière la croyant noble, une veuve la croyant fille, n'aurait pas renoncé aux autres avantages que son union lui promet, s'il eût connu la vérité sur la qualité de sa future. Mais il est d'autres hypothèses où les plaintes de l'époux auront toute la force d'une démonstration.

Une personne se donne un nom et se présente comme appartenant à une famille très-honorable et occupant une position élevée. Déterminé par les avantages que je dois trouver dans les relations que le mariage va amener entre cette famille et moi, je préfère cette personne à d'autres partis plus avantageux sous plusieurs autres rapports. Dira-t-on que, si j'avais su que mon conjoint était étranger à cette famille, je n'en eusse pas moins contracté ce mariage?

Si le mariage n'a été que la conséquence de la fortune prétendue de l'un des conjoints, devra-t-on présumer que celui des deux qui a été trompé ne l'aurait pas moins contracté, alors que, peu fortuné lui-même, il serait dans l'impossibilité de faire face aux charges que ce mariage entraîne?

Enfin la présomption que l'on n'a pas fait de la qualité une condition irritante du mariage ne sera-t-elle pas une injuste et amère dérision pour cet époux honorable qui s'est uni à une prostituée impure, lorsqu'il croyait épouser une femme vertueuse? pour l'épouse qui, dans la persuasion d'unir son sort à celui d'un honnête homme, se sera associée à l'infamie d'un homme flétri par la justice et à peine sorti ou échappé du bagne où l'avaient conduit ses crimes? Peut-il exister, pour une famille vertueuse, pour un homme d'honneur, une plus cruelle déception? N'est-il pas mille fois certain que la connaissance de la vérité eût apporté au mariage l'obstacle le plus invincible? Voilà donc au moins une hypothèse qui réalise la condition exigée par Toullier, et cependant lui-même enseigne que dans ce cas le mariage est indissoluble.

Il y a donc, dans le système que nous combattons, une véritable contradiction qui en prouve le peu de justesse. Oui, le dol qui a été la cause déterminante du contrat est une cause de nullité dans les actes ordinaires de la vie. Mais ce principe reçoit une exception formelle pour le mariage, et, ce qui motive cette exception, c'est la nature exceptionnelle de ce contrat, son importance; c'est que son indissolubilité est commandée par l'ordre public, l'intérêt de l'État, par la morale et la religion.

Et puis! ce qui devait encourager le législateur à l'admettre ainsi, c'est que, dans le cas

d'erreur dont nous nous occupons, s'il y a dol d'un côté, il y a de l'autre une imprévoyance marquée, une légèreté blâmable. Pourquoi a-t-on ajouté une confiance aveugle à des allégations intéressées? N'est-ce pas au moment de s'enchaîner pour toujours qu'il convient de pousser jusqu'à ses dernières limites cette prudence dont la loi fait dans tous les cas un devoir? Or, bien souvent, si on avait pris avant le mariage toutes les peines qu'on se donne après pour parvenir à le faire annuler, on se serait mis dans le cas de n'avoir pas à recourir à ce moyen extrême.

Prenons, pour exemple de la vérité de nos paroles, l'espèce jugée par la cour de Bourges. Il s'agissait là d'un aventurier qui prenait la qualité de baron, qui se disait issu d'une famille honorable et qui avait été agréé, sur la production des pièces fausses justifiant ses allégations. Après le mariage, il disparaît. Alors on va aux renseignements, et l'arrêt nous apprend lui-même le résultat qu'ils avaient amenés.

« Considérant: 1° que l'acte de naissance et celui de notoriété, desquels le prétendu Joseph Ferry était porteur, le disaient né à Capoue et fils du baron François Ferry et dame Marie Pozzi, mais qu'aucune famille de ce nom n'a existé et n'existe encore dans cette ville; qu'il y est dit baptisé le 10 juin 1785 à Sainte-Marie-Majeure de Capoue, mais que les registres baptismaux de cette paroisse font foi qu'il ne s'y trouve nulle naissance de ce nom et de cette origine; que cet acte de naissance, délivré le 5 septembre 1810, est signé par un sieur Bozetti, dit curé de Sainte-Marie-Majeure, mais qu'il n'y a jamais eu de curé de ce nom, tous lesquels faits sont attestés par les autorités du lieu dans les formes légales, etc... »

N'est-il pas évident qui si les démarches tentées pour faire prononcer la nullité du mariage avaient été accomplies avant sa célébration, elles eussent abouti au même résultat, et que l'aventurier démasqué aurait été honteusement chassé? Il y avait donc, dans la confiance aveugle qui avait accueilli ses paroles et ses titres, une imprudence, une légèreté véritablement remarquable. Elle eût été de nature à empêcher d'être relevé d'un dol ordinaire, à plus forte raison ne devait-elle pas produire la nullité du mariage. Celui qui avait été épousé était bien celui qu'on avait eu l'intention et la volonté d'épouser. L'erreur et le dol qui avaient déterminé cette volonté ne rentraient pas sous la disposition de l'article 180.

Ainsi il ne suffit pas que l'erreur ait été la cause déterminante du contrat. Cette circonstance se réalise dans bien des cas, et si elle devait entraîner la nullité du mariage, les précautions prises par le législateur pour en assurer l'indissolubilité seraient impuissantes et vaines. Il eût été dès lors inutile, en l'état de l'article 146 consacrant en principe la nécessité du libre consentement, d'édicter l'article 180 et de restreindre l'erreur qui vicie ce consentement à l'erreur dans la personne.

Vainement Toullier prétend-il que borner cette disposition à l'erreur sur la personne physique, c'est tracer une règle inapplicable. Nous répondrons d'abord que le peu de fréquence de son application est précisément ce que le législateur a recherché. La stabilité du mariage intéresse la famille, l'État tout entier. On a donc voulu, avant tout, lui assurer ce caractère, et si l'on s'est départi de cette règle, ce n'a été que dans le cas où tous les efforts de la prudence humaine ne pouvaient empêcher l'un des conjoints de devenir victime d'une coupable substitution. Or c'est ce qui se réalise dans l'hypothèse d'une erreur sur la personne physique.

Nous répondrons ensuite que cette erreur est surtout possible lorsque les époux étaient inconnus l'un de l'autre avant la célébration du mariage. Peu importe que devant l'officier de l'état civil les époux se soient vus, si d'ailleurs la substitution a été opérée à l'insu de l'un d'eux. Ainsi j'accepte pour épouse Jeanne, après avoir recherché et obtenu la main de Marie. Il y a erreur dans la personne. Sans doute j'ai vu Jeanne devant l'officier de l'état civil, mais, dans celle qui se présentait ainsi à moi, je ne pouvais voir que Marie, celle que je devais et que je voulais épouser. C'est donc celle-ci seule que j'ai épousée sous une autre individualité, et c'est ce qui rend mon mariage nul.

Mais si, connaissant Marie, j'avais épousé Jeanne qui m'était présentée, le mariage serait valable. J'ai pu, en effet, connaître et apprécier la substitution et, en consentant à m'unir à celle qui était en ma présence devant l'officier public, j'ai acquiescé moi-même à la substitution. Je serais dès lors non recevable à m'en plaindre.

Au reste, il est facile de se convaincre que c'est à ces termes mêmes que se résume Toullier. En effet, les exemples qu'il donne de l'erreur sur la qualité ne sont, à notre avis, que des espèces d'erreur sur la personne. Les voici:

« Un prince demande la fille aînée d'un autre prince, héritière de sa principauté. Les parents envoient la fille cadette et le prince l'épouse, croyant épouser l'aînée.

« Titius, mon ancien ami et mon parent,

établi à Bayonne, a un fils unique que je ne connais point, et j'ai une fille. Nous formons le projet de les unir, et ce projet est arrêté. Mais, sur le point de venir à Rennes pour terminer, mon ami meurt, et cet événement retarde le mariage. Six mois après, arrive un jeune homme qui se dit le fils de mon ami et qui vient pour célébrer le mariage arrêté. Il est muni des papiers nécessaires, le mariage est célébré. L'arrivée du fils de mon ami, de celui à qui ma fille était promise, découvre l'erreur. Il se trouve que le premier venu est un fils naturel, né avant mariage et d'une autre femme. Il a, pour nous tromper, falsifié son état de naissance, en y substituant les mots *fils légitime* à ceux de *fils naturel* [1]. »

Évidemment, dans le premier cas, ce n'est pas l'erreur sur la qualité d'héritière qui motive la nullité du mariage. Ce qui la détermine, c'est que le prince n'a voulu épouser que l'aînée; qu'en épousant la cadette, il a cru épouser l'autre, qu'il est donc victime d'une substitution de personne. On renverserait l'hypothèse que le mariage n'en serait pas moins nul, si le prince ayant demandé la main de la cadette, on lui faisait épouser l'aînée.

Il n'y aurait réellement qu'erreur sur la qualité si le prince, connaissant celle qu'il épouse, l'avait recherchée dans la fausse persuasion qu'elle était l'héritière de la principauté de son père. Mais, dans ce cas, la découverte ultérieure de son erreur sur ce point n'amènerait point, de l'avis de Toullier, la nullité du mariage.

C'est aussi une véritable substitution de personne qui se réalise dans le second exemple. Promise à une personne qu'elle a agréée, la future n'accepte la personne qui se présente à elle que dans la persuasion qu'elle est véritablement celle qu'elle devait épouser. C'est donc, mais sous une autre individualité, cette dernière seule envers laquelle elle a entendu et voulu s'engager; et c'est pourquoi il y a réellement erreur sur la personne, et conséquemment nullité du mariage. Le résultat serait le même si celui qui a pris une individualité qui ne lui appartenait pas avait été réellement fils légitime. Il suffirait qu'il se présentât, non en son propre nom, mais comme étant celui à qui la future était promise, pour qu'il y eût substitution. Ce n'est donc pas la qualité d'enfant naturel qui fera prononcer la nullité du mariage, mais bien le fait de la substitution elle-même.

Ainsi, au fond, ce que Toullier qualifie erreur sur la qualité, n'est que l'erreur sur la personne. Celle-ci seule est dans le cas de faire dissoudre le mariage. L'article 180 du Code civil s'est donc conformé aux anciens principes.

Ce n'est pas sérieusement que Toullier ajoute qu'en donnant à l'époux trompé le délai de six mois pour demander la nullité du mariage, le Code paraît supposer qu'il s'agit d'une erreur sur la personne civile, l'erreur sur la personne physique ou sur l'individu ne peut durer aussi longtemps. Mais Toullier ne fait pas attention que ce délai de six mois ne court que de la découverte de l'erreur. Ce n'est donc pas une limite que la loi ait cru devoir tracer à cette découverte. Ce délai n'a été accordé que dans l'espérance que, la réflexion dissipant l'humeur inséparable d'une découverte de ce genre, l'époux pardonne à celui qui l'a trompé, et que le mariage devienne dès lors irrévocable.

Il résulte de ce qui précède que l'arrêt de Bourges et celui de Colmar ont méconnu les véritables principes et appliqué inexactement la disposition de l'article 180.

Nous ne nous dissimulons pas tout ce qu'avait de grave le motif invoqué par le dernier. La liberté de conscience est un bien précieux et sacré, mais nous ne croyons pas que le respect qui lui est dû puisse jamais aller jusqu'à ajouter à la loi, surtout dans une matière aussi importante que le mariage.

352. — Ainsi le dol de quelque nature qu'il soit, alors même qu'il est devenu la cause déterminante du mariage, reste sans influence sur la validité du lien, sur son indissolubilité. Mais il n'en est pas de même, quant aux conséquences du mariage.

L'une de ces dernières, et la plus immédiate, est la cohabitation des époux. But du mariage, cette cohabitation ne doit cesser que par la dissolution ou par la séparation de corps judiciairement prononcée. Le dol exercé sur les qualités du conjoint autorise-t-il cette séparation?

Une distinction nous paraît indispensable pour arriver à une solution exacte de cette question. Le dol a été exercé sur la fortune, sur la position sociale de l'époux, son nom et son rang, ou bien il a eu pour objet de tromper sur les qualités morales. Dans le premier cas, nous répondrions par la négative absolue; dans le second, nous ferions dépendre sa solution de la nature de l'erreur.

Ainsi, on m'a promis une épouse douce, bonne, bien élevée, intelligente. Le mariage accompli fait disparaître toutes ces qualités. La vérité qui m'est alors connue ne saurait m'auto-

[1] *Droit civil*, t. Ier, nos 514 et suiv.

riser à demander la séparation. La vie commune, quoique plus ou moins difficile, ne doit point cesser. D'ailleurs l'habitude de cette vie, les relations, les devoirs qui naissent du mariage, peuvent modifier le caractère des époux et inspirer à chacun d'eux la conduite indispensable à leur bonheur commun.

Mais si l'erreur, source du mariage, est tellement grave que l'époux qui en a profité doive être pour l'autre un objet éternel de répugnance et de mépris; si l'habitation commune doit offrir à ce dernier de continuels tourments, en le plaçant sans cesse entre ses devoirs, ses préjugés moraux et sa conscience, la loi doit prendre en pitié celui qu'elle ne peut autrement protéger, et lui accorder le relâchement du lien qu'elle se refuse de briser.

Ainsi, dans l'espèce jugée par la cour de Colmar, l'époux avait caché sa qualité d'ancien religieux. La découverte de cette qualité avait alarmé la conscience de l'épouse qui ne voyait plus, dans la consommation du mariage, qu'un sacrilége; dans le mariage même, qu'une profanation. On comprend dès lors que la vie commune devait lui paraître insupportable; la lui imposer, c'eût été la soumettre à une violence morale, vexatoire et inique. On ne devait pas, nous l'avons dit, annuler le mariage, mais la séparation de corps devenait le moyen naturel de concilier sa position avec la rigueur des principes.

353. — La séparation de corps ne saurait être refusée à l'époux qui, par erreur, aurait uni son sort à celui d'un forçat libéré ou évadé. Le préjugé de la considération et de l'honneur ne parlant pas moins haut que la liberté de conscience, on doit s'arrêter à une décision égale dans les deux cas.

On a voulu cependant contester cette faculté dans l'hypothèse qui nous occupe. L'article 232 du Code civil, a-t-on dit, n'autorise le divorce, et conséquemment la séparation de corps, que dans le cas de condamnation de l'un des deux époux à une peine infamante; d'où il paraît résulter que la loi n'a eu en vue que la condamnation prononcée depuis et pendant le mariage. On ne saurait donc, sans fausser sa pensée, appliquer sa disposition à celui qui a été condamné avant le mariage.

A notre avis, cette interprétation est repoussée par le texte et par l'esprit de la loi. Évidemment le mot époux, dont se sert l'article 232, est pris dans le sens générique et comprend toutes les hypothèses dans lesquelles une condamnation infamante a pu intervenir.

Qu'a voulu d'ailleurs l'article 232? Ne pas enchaîner l'époux honorable à la vie de celui que les lois ont flétri d'une peine infamante. Un tel lien devait paraître insupportable, avec d'autant plus de raison que la honte en rejaillit sur celui qui l'accepte comme sur celui qui l'a mérité. Il est donc juste que l'époux demeuré honnête homme repousse cette honte, en se séparant publiquement de celui qui peut la lui faire encourir.

Les mêmes motifs n'existent-ils pas lorsque la condamnation a précédé le mariage? Évidemment oui, ils ont même acquis un caractère de gravité plus décisif, car à la honte d'une condamnation se réunit l'infamie d'une dissimulation sans laquelle le mariage n'eût pas été consommé. Admettre le système que nous combattons serait donc récompenser le dol le plus lâche, le plus odieux. L'immoralité d'un pareil résultat suffit pour le faire rejeter.

Ainsi l'application de l'article 232 à notre hypothèse se justifie par une supériorité de raisons incontestables. Fallût-il admettre le contraire, l'admission de la séparation de corps se justifierait par les considérations que nous invoquions tout à l'heure pour la liberté de conscience. Les prescriptions de l'honneur ne sont ni moins respectables ni moins sacrées que celles de la religion. Et, s'il y a une violence morale dans la détermination qui enchaînerait deux époux au mépris des sentiments religieux de l'un d'eux, ne la rencontrerait-on pas également lorsque l'un des époux ne pourrait subir la vie commune sans outrager, à chaque instant, les inspirations de l'honneur et de la délicatesse?

354. — Si la peine, encourue par l'époux condamné avant le mariage, avait entraîné la mort civile, pourrait-on se borner à faire prononcer la séparation de corps? Ce qui a fait naître quelques doutes à cet égard, c'est qu'aux termes de l'article 25 du Code civil, le mort civilement est incapable de contracter un mariage valable; que, conséquemment, l'époux ayant action pour demander la nullité du lien n'a pas intérêt à poursuivre son relâchement.

Mais l'existence d'une action plus utile n'a jamais pu créer une fin de non-recevoir contre la recherche d'un droit que la loi reconnaît et assure. C'est à celui qui a deux actions à exercer, à choisir et à prendre celle qu'il juge la plus utile, la plus convenable à ses intérêts. Le mariage n'est pas seulement un lien civil, la religion y intervient d'une manière solennelle, et souvent ce qui est susceptible d'être rescindé

aux yeux de la loi civile, reste pour elle indissoluble. Or, si l'époux trompé croit à cette indissolubilité, si le mariage a eu d'ailleurs des conséquences telles que la nullité pût devenir un embarras et entraîner des inconvénients, rien ne s'oppose à ce que la séparation de corps demandée soit accordée. Cette action est indépendante de celle en nullité, on peut donc se réduire à l'exercer de préférence.

La séparation de corps devrait-elle être accordée à l'époux qui, croyant s'unir à une femme vertueuse, aurait accepté la main d'une prostituée? Évidemment les sentiments d'un homme honorable ne seront pas moins froissés dans cette hypothèse que dans la précédente. Nous ne pensons pas cependant que la solution de la question puisse être donnée d'une manière absolue et abstractivement des faits et circonstances. C'est donc à l'arbitrage souverain du magistrat que cette solution doit être laissée. Son appréciation, basée sur la position des époux, celle de leur famille, leurs antécédents, leur moralité, conciliera ce qui est dû à l'indissolubilité du mariage avec les justes convenances d'une honorable susceptibilité.

355. — Dans tous les cas où l'action en séparation est admissible, elle doit être introduite dans les six mois qui ont suivi la découverte de l'erreur; c'est là une nécessité qu'une analogie incontestable doit faire admettre. La nullité du mariage doit être demandée dans ce délai. La loi considère une cohabitation prolongée de plus de six mois, comme le pardon des torts de l'un des époux et comme la ratification du mariage lui-même. La même présomption devrait, dans les mêmes circonstances, faire rejeter la poursuite en séparation de corps. Celui qui aurait vécu pendant plus de six mois dans l'atmosphère de honte ou de contrainte dont il se plaindrait, serait-il bien venu à parler de sa tardive susceptibilité?

Pour que la loi admette cette susceptibilité, il faut qu'elle se soit décelée par une prompte et éclatante manifestation. L'accueillir après une cohabitation de plus de six mois après la découverte de la vérité serait donc s'exposer à favoriser un caprice et non le légitime effet de l'honneur outragé. La demande serait donc non recevable.

356. — Le dol exercé à l'occasion des conventions matrimoniales produit un effet analogue à celui qui en résulte pour tous les contrats. La partie intéressée pourra donc faire annuler les avantages qu'elle n'aurait consentis que sous l'influence de ce vice.

S'il est d'ordre public que le mariage reste inattaquable, il n'en est pas de même pour tout ce qui ne touche qu'à l'intérêt particulier des époux. Les principes ordinaires reprennent ici leur empire, et conséquemment toutes les conventions dont le dol a été la cause déterminante doivent ne produire aucun effet.

Peu importerait même que l'époux contre lequel on en demanderait la nullité fût resté lui-même étranger aux manœuvres ayant constitué le dol. Il n'en subirait pas moins les conséquences, et cela par un double motif : 1° le dol imputable au père de l'époux serait assimilé au dol du tuteur ou du mandataire; 2° tous ceux qui, sans avoir participé au dol, en ont reçu un avantage à titre purement gratuit et lucratif, doivent restituer ce bénéfice illégitime : *Nemo debet ex damno alterius lucrari* [1].

357. — Nous ne nous sommes occupés jusqu'à présent que du dol qui a eu pour effet de tromper sur les qualités civiles ou morales du conjoint. Mais il est une autre déception pouvant résulter d'une dissimulation coupable, et dont les conséquences sont de nature à entraîner les plus graves inconvénients. Nous voulons parler du défaut de capacité pour la consommation du mariage, de l'impuissance de l'un des époux.

Ce vice ne devait pas occuper les législations ayant admis la rupture du mariage au moyen du divorce. Là, en effet, le remède était à côté du mal, et le divorce par consentement mutuel terminait une union mal assortie, en sauvant à l'époux malheureux ou coupable la honte qu'une accusation d'impuissance entraîne toujours avec elle.

La religion chrétienne abolit le divorce, acceptant dans la rigueur de son acception cette maxime de l'Évangile : *Quos Deus conjunxit, homo non separet.* On dut dès lors prévoir les cas d'impuissance, et régler le sort des mariages ainsi contractés.

Pendant longtemps il exista à ce sujet une grande différence entre l'Église romaine et l'Église gallicane.

La première ne considérait pas l'impuissance comme un motif suffisant pour légitimer une atteinte à l'indissolubilité du lien, et malgré qu'on reconnût qu'il ne pouvait exister de sacrement légitime là où l'un des époux était impropre à sa consommation, on préférait laisser subsister les mariages de cette nature plutôt que de s'exposer à en dissoudre de réels : *Tole-*

[1] *Vid.*, pour les fraudes commises dans les contrats de mariage, *infrà*, chap. II, sect. Ire.

rabilius est aliquos contra statuta hominum dimittere copulatos, quam conjunctos legitime contra statuta Domini separare; et cette décision d'Innocent III a, pendant dix siècles, formé le droit commun des tribunaux romains. Le corollaire qu'un autre pontife tirait de cette disposition était : que ceux qui ne pouvaient vivre comme époux devaient vivre comme frère et sœur : *Romana ecclesia consuevit judicare ut quas tanquam uxores habere non possunt, habeant ut sorores.*

L'Église gallicane obéissait à d'autres principes. Les conciles de Verberie et de Compiègne, tenus dans le huitième siècle, considéraient l'impuissance comme un moyen de nullité du mariage ; mais ils n'admettaient d'autre preuve de cette impuissance que le serment du mari, ce qui, comme le faisait observer Merlin, atteignait à peu près au même résultat que celui consacré par l'Église romaine, c'est-à-dire le maintien du mariage. Juge et partie dans sa propre cause, le mari avait toujours le moyen de rendre illusoire la pénalité qu'il ne lui convenait pas de subir.

358. — Vers le douzième siècle, l'Église romaine dut se départir de sa rigueur. La femme qui jusque-là avait par ferveur religieuse supporté, comme un sacrifice agréable à Dieu, les privations que lui imposait l'impuissance de son mari, avait à cette époque changé de sentiments et de langage : *Volo esse mater*, disait-elle, *volo procreare liberos, et ideo maritum accepi; sed vir quem accepi frigidæ naturæ est et non potest facere illa propter quæ illum accepi.*

A dater de ce moment, la nullité du mariage pour cause d'impuissance fut admise en principe. Mais le mode de preuve à consacrer devint un obstacle difficile à franchir. On emprunta d'abord à l'Église gallicane le serment du mari. On eut ensuite recours à la conformation de celui-ci, puis à la visite de la femme. Mais toutes ces preuves furent bientôt appréciées à leur juste valeur et successivement abandonnées par l'une et l'autre Église.

Restait donc un principe à peu près inapplicable par l'extrême difficulté d'arriver à constater le fait qui l'avait provoqué. Notons cependant, entre les deux Églises, cette autre différence : que l'Église romaine refusait au jugement de rupture tout effet définitif. Ainsi, si les époux séparés, ayant formé d'autres nœuds, avaient des preuves de leur capacité, ces nœuds étaient annulés et le premier mariage reprenait son autorité. L'Église gallicane, au contraire, considérait le jugement comme irrévocable, dès qu'il avait acquis l'autorité de la chose jugée.

359. — Cet aperçu historique n'était pas inutile pour l'appréciation des dispositions de notre Code civil et pour l'intelligence des questions qui peuvent encore s'élever sur cette matière. Ce qui frappe, en l'examinant, c'est l'existence des efforts tentés pour atteindre un résultat juste au fond, mais insaisissable dans sa cause déterminante.

360. — Nous disons que la nullité du mariage était juste au fond, et cela tant sous le rapport religieux que sous le rapport civil. Évidemment, en effet, concourir à un sacrement avec la certitude de ne pouvoir le consommer, c'est commettre une profanation et un sacrilége. L'Église l'avait ainsi jugé, en prononçant que, pour l'impuissant, il n'y avait qu'un simulacre de mariage dont elle n'avait pu éterniser les vœux, et en déclarant ce mariage nul.

Sous le rapport de la loi civile, le maintien du mariage, lorsqu'il y a impuissance de l'un des époux, est contraire à la justice, dangereux pour la morale, funeste à l'intérêt de l'État. En effet, dit éloquemment Merlin, on cherche dans le mariage la consolation de la vie et la sauvegarde de la vertu ; il est destiné à donner des citoyens à la patrie, et l'impuissance de l'un des époux fait, pour tous les deux, le plus grand tourment de la vie de ce qui devait en être le charme ; les désirs de la nature, irrités vainement par ce qui était destiné à les satisfaire, deviennent, par l'impuissance, l'attrait le plus terrible du vice et le danger le plus imminent pour la vertu ; et la patrie perd à la fois, par l'impuissance de l'un, tous les fruits de la fécondité de l'autre [1].

361. — Ces considérations, aussi puissantes que vraies, ne pouvaient être méconnues par les éminents rédacteurs du Code. Mais la sanction des conséquences logiques qui en naissaient eût placé la loi nouvelle en présence des embarras les plus impraticables. Fallait-il, comme la législation précédente, parcourir l'échelle honteuse des preuves tour à tour indiquées ? descendre enfin jusqu'au hideux congrès condamné par la morale et l'honneur avant de l'être par la raison et la justice ?

Et si rien n'était capable d'éclaircir un mystère impénétrable, n'était-il pas rationnel de proscrire le retour de ces accusations qui ne pouvaient que produire un scandale inutile ? Les auteurs du Code ont été unanimes pour l'affirmative, et l'impuissance ne figure plus dans les causes de nullité du mariage.

[1] *Rép.*, v° *Impuissance*, n° 1.

Il est vrai qu'elle n'en a pas été nommément bannie, et ce silence a suffi pour qu'on ait tenté de jeter quelques doutes sur la pensée du législateur. Il y a plus, a-t-on dit, en discutant le titre *du Divorce*, le premier consul faisait remarquer qu'il était convenu que lorsqu'il y a impuissance la matière du mariage manque, à quoi Portalis ajoutait que l'impuissance, cette cause honteuse et difficile à prouver, avait toujours été un principe de nullité du mariage [1]. Donc le Code n'a nullement innové aux principes anciens sur cette matière.

Mais c'est ailleurs qu'on doit rechercher quelle a été la véritable pensée du législateur. Or cette pensée se décèle avec netteté et précision dans la discussion du titre *de la Paternité et de la Filiation*. On n'a pas fait de l'impuissance, dit Tronchet, l'objet d'une action en nullité de mariage, et ce silence est fondé en raison, car il n'y a pas moyen de reconnaître avec exactitude l'impuissance. En général, il était dans l'esprit du projet d'anéantir cette cause sous tous les rapports [2].

Il est donc certain que sous l'empire du Code l'impuissance n'est plus un motif pour attaquer le mariage. Conséquemment l'époux qui aurait été trompé par des manœuvres dolosives sur la capacité de son conjoint, ne pourrait trouver, dans l'existence prouvée du dol, le moyen d'être relevé de son engagement.

362. — Mais cette décision s'applique-t-elle à tous les cas d'impuissance naturelle ou accidentelle? Doit-on, au contraire, décider que le mariage doit être annulé toutes les fois que l'impuissance alléguée sera apparente et facile à constater?

Cette question importante a divisé la doctrine et la jurisprudence. Elle mérite dès lors un examen particulier. De plus, elle intéresse à un puissant degré la matière que nous traitons, car l'erreur sur la capacité de l'époux pourra n'être que la conséquence d'un dol véritable.

Qu'en est-il donc dans l'hypothèse d'une impuissance accidentelle?

Nous pouvons, pour résoudre cette question, consulter avec fruit les législations précédentes. Or, nous l'avons vu, sous leur empire la nullité du mariage, pour cause d'impuissance, avait paru nécessaire et juste. La loi naturelle, comme la loi civile, n'avait pas hésité à le consacrer.

La cause unique des hésitations qui signalèrent les premiers pas du législateur, c'est la difficulté d'application devant laquelle on se trouvait, difficulté telle, que la constatation du fait déterminant la nullité était à peu près impossible. Mais la légitimité du principe n'en était nullement altérée, et ce qui le prouve, c'est la multiplicité des efforts tentés pour écarter l'obstacle qui s'opposait à sa consécration.

Ce n'est donc pas ce principe que le nouveau législateur pouvait et devait condamner. Nous avons vu qu'il en avait au contraire formellement reconnu l'autorité et la justice. Mais ce qui l'a déterminé à l'exclure de ses dispositions, c'est la conviction puisée dans l'expérience de ses prédécesseurs de l'inutilité de toute recherche, de l'inefficacité des moyens tour à tour employés pour pénétrer un mystère demeuré impénétrable; c'est le scandale des épreuves immorales auxquelles il fallait recourir pour arriver, en définitive, à ce résultat: que des hommes jugés impuissants et dont le mariage avait été dissous, obtenaient d'un autre mariage une nombreuse postérité. L'opinion de Tronchet, comme celle de plusieurs autres orateurs du corps législatif, ne laisse aucun doute à cet égard.

Ainsi, si l'impuissance ne figure plus au nombre des causes de nullité du mariage, c'est que son existence est insaisissable; qu'il était donc inutile d'en admettre la recherche, alors que toute l'habileté de la science ne pouvait promettre le moindre résultat. Cette conviction acquise, il était complétement illusoire de recourir à ses lumières.

Mais ne faut-il pas conclure de ces considérations que, placée dans une hypothèse contraire, la loi eût sanctionné une décision différente? *Cessante causa, cessat effectus*. Or, le motif de la prohibition n'étant que celui que nous venons d'indiquer, on ne saurait raisonnablement étendre cette prohibition lorsque l'impuissance produite par un accident doit, en quelque sorte, être prise sur le fait; lorsque visible pour les gens de l'art, il est permis d'en fixer la cause, d'en déterminer les effets. Il faut, dans ce cas, revenir aux principes généraux du droit et annuler le contrat pour absence d'une de ses conditions essentielles, la capacité de la partie.

Cette conclusion, attribuant à l'impuissance accidentelle un effet qu'on refuse avec raison à l'impuissance naturelle, se justifie très-bien par les considérations qui précèdent. Elle trouve, de plus, un fondement légal dans la disposition des articles 312 et 313 du Code civil.

Aux termes de ce dernier, le mari ne peut, sous prétexte de son impuissance naturelle, dés-

[1] Procès-verbal du 16 vendémiaire an x.

[2] Procès-verbaux du 14 thermidor an x.

avouer l'enfant né du mariage. Cette règle découlait logiquement de celle admise pour le mariage lui-même. Le même motif qui empêche d'en prononcer la dissolution était un obstacle à ce que la paternité pût être mise en doute. Celui à qui l'on ne saurait arracher la qualité de mari ne pourra jamais exciper d'une prétendue impuissance pour répudier celle de père.

Il y a donc entre l'action en désaveu et celle en nullité du mariage une corrélation nécessaire et juste. On peut, dès lors, conclure de ce que l'une étant refusée, l'autre l'est également, que l'admission de celle-ci doit, par voie de conséquence, rendre celle-là également admissible. Or, le désaveu de l'enfant pour impuissance accidentelle est formellement autorisé par l'article 312. La loi n'exige même pas que cette impuissance ait été postérieure au mariage, il suffit qu'elle soit réelle. Serait-il donc juste d'imposer perpétuellement comme époux celui qui pourrait à son gré aliéner la qualité de père?

Dira-t-on que la loi, qui s'est expliquée pour le désaveu, n'aurait pas manqué de le faire pour le mariage, si elle eût entendu les ranger tous les deux sur la même ligne? Mais cette objection tombe devant la nature de ces deux actes. Le désaveu, matière tout exceptionnelle, ne pouvait emprunter ses conditions et ses formes que dans des dispositions spéciales qu'il convenait de formuler le plus nettement possible. Le mariage, au contraire, quoique revêtu d'une plus grande solennité, n'en a pas moins tous les caractères des contrats ordinaires. La loi pouvait donc, en s'en occupant, s'en référer aux principes généraux applicables aux obligations. Or, la capacité des parties, relativement à l'objet du contrat, est une condition rigoureusement requise. Son absence certaine pour le cas de mariage devait, par application de ces principes, en faire prononcer la nullité.

Il est vrai que cette absence se réalise dans l'hypothèse d'une impuissance naturelle et que le mariage n'en subsiste pas moins. Mais ce résultat, nous l'avons dit, est dû bien plutôt à l'impossibilité de reconnaître cette absence et de la constater qu'à une exception à la disposition de l'article 1108. D'ailleurs, si le mariage est maintenu, la paternité à son tour reste à tout jamais imposée. Et c'est précisément de l'anomalie qu'on créerait, en maintenant l'un et en effaçant l'autre, que nous tirons cette conséquence qu'on ne saurait séparer la nullité du mariage de l'action en désaveu; et que l'admission de celle-ci pour impuissance accidentelle doit, si cette impuissance a préexisté au mariage, autoriser sa dissolution.

C'est, au reste, ce que la doctrine a universellement admis. Ainsi, Toullier, notamment, n'hésite pas à enseigner qu'on doit annuler le mariage frauduleusement contracté par un eunuque.

De cette solution et des considérations qui la légitiment, il semblerait résulter qu'on devrait admettre la nullité du mariage dans le cas d'une impuissance naturelle mais apparente. Il est évident, en effet, qu'il n'y a entre cette hypothèse et celle d'une impuissance accidentelle aucune différence, puisque dans l'une comme dans l'autre l'infirmité est facilement appréciable dans sa cause et dans ses effets.

363. — Telle n'est pas cependant l'opinion de Toullier. Aussi critique-t-il vivement un arrêt que la cour de Trèves a été appelée à rendre le 1er juillet 1808 dans l'espèce suivante:

« Un individu fait assigner sa femme en nullité du mariage qu'ils avaient contracté, sur le motif qu'elle est, par un vice naturel de conformation, incapable de remplir le but du mariage.

« La femme ne nie pas le vice de sa conformation. Elle prétend seulement qu'il n'existait pas avant le mariage, et qu'il provient du fait de son mari; elle ajoute qu'il n'y a dans le Code civil aucune disposition d'après laquelle on puisse fonder une action en nullité du mariage sur les défectuosités corporelles de l'un des époux; que la demande de son mari ne tend à rien moins qu'à la faire visiter, c'est-à-dire à ressusciter les procès scandaleux sur l'impuissance que le législateur a voulu écarter pour jamais; et qu'au surplus, la demande du mari est non recevable, par cela seul qu'elle n'a été intentée qu'après neuf mois de cohabitation.

« Ce système est accueilli par le tribunal de Cousel, qui décide que le défaut de consentement, tiré de l'ignorance de l'infirmité d'une des parties, ne rentre pas dans les cas prévus par l'article 146; que l'erreur qui résulte de cette ignorance n'est pas celle régie par l'article 180; que dans tous les cas la demande serait non recevable pour avoir été formée plus de six mois après la découverte de l'erreur.

« Sur l'appel de ce jugement, un premier arrêt intervient le 27 janvier 1807, par lequel la cour, attendu que les causes physiques et le défaut de conformation qui s'opposent au but naturel du mariage sont des empêchements qui l'annulent de plein droit, et que l'action qui en naît n'est pas susceptible d'être prescrite par le

laps de six mois, ordonne, avant dire droit, que l'intimée sera visitée par des gens de l'art.

« Le rapport de cette visite ayant été versé au procès, arrêt définitif qui annule le mariage [1]. »

364. — La critique que Toullier fait de ces deux arrêts nous surprend sous un double rapport :

1° Toullier enseigne que le mariage frauduleusement contracté par un eunuque doit être annulé. Nous comprenons très-bien la différence qui existe entre l'impuissance accidentelle et celle que rien n'annonce. Mais entre une mutilation opérée par la main de l'homme et l'infirmité de ces êtres incomplets, difformes, dans la production desquels la nature semble s'être jouée de ses propres lois, nous ne saurions en établir aucune. Le vice des uns est-il moins appréciable, moins certain que celui des autres? Pourrait-on, dès lors, sans inconséquence, ne pas les confondre dans une règle unique, quant à la nullité du mariage par eux contracté?

2° Toullier soutenait tout à l'heure que l'erreur sur la qualité équivaut à l'erreur sur la personne, si cette qualité était tellement irritante que les époux en aient fait une condition sans laquelle ils n'auraient pas consenti leur union. Or, dans quelle circonstance cette condition se réalisera-t-elle mieux que dans celle qui nous occupe?

L'impuissance du conjoint enlève, en effet, au mariage son caractère, en dénature les rapports, en rend le but impossible. Conséquemment, l'époux qui soutiendra que la connaissance de cette incapacité l'eût empêché de contracter, dira une chose aussi juste que certaine, à moins qu'on admette qu'il aurait consenti à vivre comme frère ou sœur avec celui qu'il ne peut avoir comme époux.

Toullier se met donc doublement en contradiction avec sa propre doctrine, et ce qui détermine ce résultat, c'est qu'il confond l'impuissance naturelle apparente avec celle qui demeure éternellement cachée. Ainsi, l'un des griefs qu'il reproche à l'arrêt de Trèves, c'est de renouveler ces procès scandaleux, ces visites indécentes qui blessent la pudeur, que réprouve la morale [2].

Les visites corporelles n'ont ce double caractère que lorsqu'il est d'avance certain qu'elles ne produiront aucun résultat utile. C'est ce que Toullier rappelle en indiquant que le législateur a dû les proscrire parce qu'elles ne *pouvaient fournir aux gens de l'art que des conjectures trompeuses, souvent démenties par le fait.* Qu'on ne les permette donc plus lorsque le demandeur, excipant de l'incapacité de son conjoint, est dans l'impossibilité d'en assigner la cause, c'est ce que tout le monde admet; mais les défendre lorsque la cause de l'incapacité est visible, saisissable, c'est se jeter dans l'injustice sans raison plausible, à moins qu'on ne prouve que le législateur a entendu se priver d'une manière absolue de cette voie d'instruction.

Or, le contraire résulte et de la faculté de désavouer l'enfant, sur le motif d'une impuissance accidentelle, et de la décision prise contre le mariage contracté en cet état. C'est, en effet, par une visite que la prétention du père sera vérifiée; c'est aussi par ce moyen qu'on recherchera si l'époux est bien réellement l'être dégradé qu'on indique. Dès lors, et puisque la loi autorise la visite corporelle toutes les fois qu'elle doit produire un résultat utile, il suffit de faire remarquer, pour la justification de la doctrine de l'arrêt de Trèves, que dans l'espèce l'objet de la visite étant parfaitement déterminé, on était certain d'arriver à une constatation matérielle et décisive pour la justice.

C'est ce qui se réalisera toutes les fois que l'impuissance résulte d'une difformité, d'un vice de conformation apparent. Comme une pareille hypothèse ne diffère en rien de celle d'une impuissance accidentelle, nous ne voyons aucun inconvénient à ce qu'on arrive par les mêmes voies à un résultat non contesté pour cette dernière, c'est-à-dire à la nullité du mariage.

« Mais, ajoute Toullier, si l'époux refuse la visite, ne s'exposera-t-on pas à casser un mariage sur un concert entre les époux qui auront pris ce moyen pour se débarrasser d'un lien qui les gêne? » Merlin, qui est, sur le fond, d'une opinion contraire à celle de Toullier, s'arrête à cette objection, et croit que si l'époux refusait la visite, on ne pourrait passer outre et prononcer la nullité du mariage. J'en demande pardon à ces illustres maîtres, leur solution ne me paraît ni logique ni légale. Si la nullité du mariage est admise en principe, on ne saurait reconnaître à l'un des époux la faculté et le droit d'en rendre l'application impossible; ce serait sacrifier la loi elle-même à une obstination irrationnelle et injuste. Bientôt l'eunuque frauduleusement marié refuserait à son tour la visite ordonnée pour constater son état, et l'épouse, au secours de laquelle le législateur doit, de l'avis de tous, accourir, victime de cette nouvelle fraude, se verrait pour toujours enchaînée au

[1] *Journal du Palais*, t. VI, p. 467.

[2] *Droit civil*, n° 525 et la note.

sort de celui qui l'a indignement trompée. Cela, évidemment, ne pourrait se réaliser sans blesser l'équité, sans introduire dans la loi une véritable anarchie. Nous pensons donc qu'en l'état du refus que l'époux ferait de subir la visite ordonnée, le fait allégué devrait être tenu pour certain et produire toutes ses conséquences légales.

Que cette solution puisse dans un cas donné favoriser une fraude, cela est possible, mais peu probable. On ne consentira pas facilement à passer aux yeux de ses concitoyens pour un être incomplet ou dégradé ; à subir les humiliations et les avanies qu'une idée pareille est dans le cas d'attirer; car des procès de ce genre auront du retentissement, et longtemps encore la malignité publique s'exercera aux dépens de celui qu'on lui a signalé. Ce qui doit, au reste, rassurer contre la fraude que craint Toullier, c'est le peu de fréquence des contestations de ce genre. Cette fraude n'est donc venue à l'esprit de personne, même depuis l'arrêt de Trèves. Cependant, de 1808 jusqu'à nous, que de ménages désunis! Que de mariages pour lesquels la lune de miel n'a pas été sans tempêtes!

Dans tous les cas, le danger de favoriser une fraude fût-il sérieux, le mal n'égalerait jamais celui qu'éprouverait l'ordre social de l'atteinte que la volonté d'un particulier occasionnerait à la loi. On encouragerait la résistance en la récompensant, et l'on affaiblirait ainsi ce respect pour la justice, qui est la première garantie et le lien le plus puissant de toute société. Dans cette matière, comme dans toute autre, les magistrats concilieront les convenances avec les lois de la pudeur la plus délicate. Celui qui prétendra se soustraire à leur décision n'aura donc aucun motif avouable. On pourra et l'on devra dès lors considérer sa conduite comme l'aveu de l'existence de l'infirmité qu'on lui reproche et, conséquemment, annuler son mariage.

Ainsi, l'impuissance apparente, accidentelle ou naturelle vicie le mariage. Le contrat n'a jamais pu valablement exister, car le consentement n'a été que le résultat d'un dol ayant eu pour effet de tromper sur la capacité de la partie. Cette absence de capacité pouvant être établie, la constatation fait disparaître la matière même du contrat et, conséquemment, toute possibilité d'un lien obligatoire et légal [1].

365. — En résumé, le dol, même lorsqu'il a été la cause déterminante du mariage, n'influe en rien sur sa validité. Mais cette règle reçoit exception : 1° lorsque le dol a produit l'erreur sur la personne par la substitution de celle qu'on a épousée à celle que l'on voulait et que l'on croyait épouser ; 2° lorsque le dol a été pratiqué sur la matière même du contrat que l'un des époux est dans l'incapacité de consommer. Cette dernière exception est elle-même soumise à cette condition, que l'impuissance qui en fait la base soit apparente et matériellement appréciable. L'impuissance réelle, mais cachée, ne saurait, dans aucun cas, autoriser l'action en nullité.

Le mariage lui-même peut n'être qu'une simulation dans l'objet de rendre exigibles des avantages subordonnés à sa célébration. Un pareil mariage reste indissoluble entre les époux ; seulement il ne produit contre les tiers aucun des effets qu'on s'en était promis.

Le dol qui ne suffit pas pour rompre le lien, peut en amener quelquefois le relâchement ; mais seulement lorsque l'erreur qu'il a déterminée est telle que la cohabitation blesserait la conscience ou violerait les sentiments d'honneur et la délicatesse de l'un des époux.

Enfin, le dol exercé à l'occasion des stipulations matrimoniales tombe sous l'empire des principes ordinaires. Il entraîne donc la nullité de la convention, s'il réunit les caractères exigés par l'article 1116 du Code civil. Cette nullité atteint l'époux qui profiterait du dol, alors même qu'il y serait demeuré personnellement étranger, et cela, par application des principes régissant le dol indirect.

SECTION III.

DOL DANS LES LIBÉRALITÉS.

SOMMAIRE.

366. — Importance de la faculté de disposer de ses biens.
367. — Nullité des libéralités entachées de dol.
368. — Cette nullité est de plein droit dans le cas de dol présumé.
369. — Dans le cas où la libéralité serait faite par interposition de personnes.
370. — Nullité pour insanité d'esprit chez le donateur ou testateur.
371. — Fondements de l'article 901 du Code civil.
372. — Comment doit-on entendre l'insanité d'esprit à l'endroit des libéralités?
373. — Arrêt de la cour de cassation.
374. — Anciennes législations conformes aux principes actuels.
375. — L'insanité d'esprit fait présumer la suggestion.
376. — Peut être prouvée par témoins.
377. — Ce n'est pas là déroger à l'article 1341.
378. — A quelles conditions admettra-t-on cette preuve?

[1] Merlin, v° *Impuissance ;* Vazeilles, *du Mariage,* t. Ier, n° 92; Chardon, *du Dol; contrà,* Toullier, *loco citato;* Favard, v° *Mariage.*

379. — Nécessité de l'articulation des faits. — Son utilité sous un double rapport.
380. — Comment s'apprécie la pertinence des faits.
381. — Législation ancienne sur les intervalles lucides.
382. — Législation actuelle. — Dissentiment avec Toullier et Grenier sur l'application de l'article 502.
383. — Opinion de Merlin.
384. — Arrêt de la cour de cassation préjugeant dans le sens de celle-ci.
385. — Conséquences de cette doctrine, quant aux obligations du légataire.
386. — La preuve de la raison du testateur sera assez difficile dans certains cas. — Ses éléments.
387. — Résumé.
388. — Effet de la captation non présumée.
389. — Doutes, sur ce qui la concerne, soulevés par le silence du Code.
390. — Peut toujours être prouvée par témoins.
391. — Caractère de cette preuve.
392. — Comment distinguera-t-on la captation licite de celle qui ne l'est pas.
393. — Le concubinage annule-t-il les libéralités comme faisant présumer la captation?
394. — Comment on apprécie la gravité des faits.
395. — L'allégation de faits graves ne fera pas toujours admettre la preuve.
396. — Première condition pour l'admissibilité. — Les faits doivent tendre à établir que la captation dolosive a été la cause déterminante de la libéralité.
397. — Espèce jugée par la cour de Dijon.
398. — Deuxième condition. — Contrariété entre la volonté exprimée et celle précédemment manifestée.
399. — Opinion de Merlin sur la pertinence.
400. — La preuve ordonnée et faite détermine l'annulation du testament ou de la donation, mais on ne peut ni la modifier ni la réduire.
401. — Mais la nullité n'a d'effet que sur la disposition attaquée, elle ne peut atteindre l'ensemble des dispositions.
402. — Le dol indirect produit le même effet que le dol direct.
403. — La plainte en captation est-elle recevable contre la donation entre-vifs?
404. — État des législations anciennes sur l'empêchement de tester.
405. — Conséquences du système adopté par le Code.
406. — Dissentiment avec Chardon, quant aux effets à l'endroit de l'héritier testamentaire.
407. — Nature de l'action réservée à celui qui est victime de l'empêchement de tester.
408. — Caractère de ce dol. — Pertinence des faits tendant à l'établir.
409. — Qui est tenu des dommages-intérêts?
410. — Qui peut en réclamer?
411. — Suppression de testament, caractères.
412. — Admissibilité de la preuve testimoniale.
413. — Effet de la suppression sur l'exécution du testament et la régularité de ses formes.
414. — Arrêt de la cour de cassation.
415. — *Quid* par rapport à la partie profitant du dol sans y avoir participé?
416. — Action, dans ce cas, de l'héritier contre l'auteur du dol.
417. — Effet de la suppression par rapport à l'hérédité.
418. — Droit des tiers.

366. — La faculté pour l'homme de disposer de ses biens, soit par donations entre-vifs, soit par testament, est une des plus précieuses prérogatives du droit de propriété. Elle est née avec ce droit lui-même; elle a toujours été accueillie par les diverses législations avec la même faveur.

« Cet assentiment commun des peuples, dit Favard, est fondé sur ce que l'intérêt public exige que le propriétaire puisse, à sa volonté, disposer de tout ou de partie de son patrimoine, pour reconnaître le zèle et le dévouement de l'amitié, encourager ceux de ses héritiers qui se portent au bien, donner des consolations à ceux qui éprouvent les disgrâces de la nature ou les revers de la fortune, récompenser les soins d'un serviteur fidèle, punir l'abandon ou l'indifférence de parents ingrats [1]. »

L'importance sociale d'une pareille mission était certes de nature à en faire accueillir le développement avec la plus haute faveur. Qui mieux que le père de famille lui-même pouvait prétendre exercer dans de plus justes proportions ce droit de récompenser et de punir ?

367. — L'expression de sa volonté devait donc prévaloir, et a, en effet, prévalu. La loi ne règle l'ordre des successions que dans le cas où le défunt a négligé ou répudié la faculté qu'on lui en accorde. Mais le respect du législateur ne serait plus qu'un véritable abus si la loi testamentaire avait été surprise par dol ou arrachée à une pensée inintelligente. La nécessité d'une volonté éclairée et libre, base essentielle de tous les contrats, se fait plus particulièrement sentir en matière de libéralités. Ces actes, en effet, soulevant tant de désirs, peuvent déterminer une infinité de manœuvres dont la réussite présente de grandes facilités; car, ainsi qu'on le faisait remarquer, *ces actes se réalisent souvent dans des circonstances tellement critiques pour l'intelligence et la volonté de leur auteur, qu'il serait impossible de rester convaincu qu'il avait l'entière liberté de son esprit* [2].

« Le législateur, dit Grenier, n'a pas dû considérer les dispositions gratuites du même œil que les autres actes. La loi redouble de précautions pour prémunir l'homme contre les piéges de la cupidité, qui peut épier un instant de faiblesse ou le provoquer afin d'extorquer une libéralité [3]. »

Cette prévoyance de la loi se décèle par les soins qu'elle apporte à proscrire toutes les dispositions qui ne seraient pas l'expression d'une

[1] *Rép.*, v° *Testament.*
[2] Jaubert, *Rapport au tribunat.*
[3] *Des Donations*, t. Ier, n° 102.

volonté indépendante et spontanée. Telle est, en effet, l'économie de notre législation, que la libéralité qui puiserait son origine dans l'emploi d'une influence illégitime ne saurait sortir à effet.

368. — La loi a fait plus encore : elle admet de plein droit la nullité de la disposition, selon que son auteur a pu plus facilement être entraîné, selon que ceux en faveur de qui elle est prise se sont trouvés en position de l'obtenir plus aisément. C'est ce qui a déterminé les incapacités créées par les articles 909 et suivants du Code civil.

Ainsi sont nulles et de nul effet les libéralités faites :

1° Par un mineur à son tuteur, soit pendant la minorité, soit depuis la majorité, mais avant l'apurement du compte tutélaire;

2° Par un malade pendant le cours de la maladie, aux médecins, chirurgiens, officiers de santé ou pharmaciens qui lui ont donné leurs soins; au ministre du culte qui a dirigé sa conscience.

Évidemment ces prescriptions n'ont pas d'autres motifs que la qualité même des personnes, objets de la libéralité. Il est certain que dans beaucoup de cas cette qualité a pu être sans influence sur la détermination du disposant. Mais, en fait, on ne saurait disconvenir de la facilité que rencontrerait le résultat contraire. On connaît, notamment, l'empire que le médecin du corps, l'autorité plus dangereuse encore que le médecin de l'âme, peut acquérir sur la volonté de celui qui voit dans l'un l'arbitre de sa santé, dans l'autre l'arbitre de son salut. L'abus est donc facile, et l'utilité de la précaution prise pour le prévenir n'est que trop prouvée par les nombreuses répressions que la justice a eu à consacrer.

Nous n'avons pas à revenir autrement sur les conditions et les effets de ces incapacités, nous les avons exposés en traitant du dol présumé. Quant aux fraudes que le désir d'éluder la loi peut déterminer, nous aurons à les examiner lorsque nous nous occuperons de la fraude. Bornons-nous à faire remarquer que la présomption de dol résultant de l'incapacité est générale et absolue; qu'aux termes de l'article 911, elle annule les libéralités faites à l'incapable, soit qu'on les ait déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'elles aient été faites sous le nom d'une personne interposée.

369. — Prohiber d'atteindre indirectement au résultat qu'on ne peut obtenir par la voie directe, était une mesure indispensable au succès de la prohibition. Il était facile de prévoir que celui qui ne recule pas devant l'emploi de moyens illégitimes pour obtenir une libéralité n'hésiterait pas à tenter toutes les fraudes pouvant faire réussir sa spéculation. Or, en tête de ces fraudes, figuraient la simulation du titre et l'interposition de personnes.

L'une et l'autre conduisent à un résultat identique, la nullité de l'acte. Il y a cependant entre elles cette différence que l'interposition n'a pas besoin, dans certains cas, d'être prouvée. Ainsi elle est de plein droit présumée lorsque la libéralité est faite en faveur des père et mère, des enfants ou descendants, de l'époux de l'incapable. Dans tous les autres cas, elle doit, comme la simulation, être prouvée par celui qui l'allègue.

Remarquons, en effet, que la qualité ne détermine l'incapacité que relativement aux actes à titre gratuit, et qu'on ne saurait s'en prévaloir lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux. L'on revient pour ceux-ci aux principes ordinaires, c'est-à-dire que l'acte fait foi de ce qu'il contient, et que si la confiance qui lui est due peut être altérée, ce n'est que par la preuve du vice dont on le prétend entaché. L'incapacité de recevoir une libéralité ne fait pas même présumer la simulation, car le dol et la fraude ne se présument pas. L'article 911 ne déroge à ce principe qu'à l'endroit de l'interposition de personnes, lorsque celui qui a traité appartient à l'une des catégories qui y sont énumérées.

C'est donc au demandeur à prouver la simulation dont il se prévaut pour faire annuler l'acte. Il peut puiser cette preuve dans les circonstances qui lui paraîtront graves et précises, recourir même à la preuve orale. Mais si cette justification n'est pas fournie, l'acte à titre onéreux, passé avec l'un de ceux que la loi déclare incapables de recevoir, n'en sortira pas moins son effet [1].

370. — Les personnes contre lesquelles nous venons de voir le législateur se prémunir ne sont pas malheureusement les seules dont on ait à se méfier. Il en est que l'avidité seule introduit dans le sein d'une famille, et qui, dans l'objet de s'enrichir, abusent de la démence elle-même pour obtenir ce qu'ils n'auraient pas osé demander à l'affection.

Contre de pareils attentats il n'existait aucun remède spécial. Le seul qu'il fût permis de sanctionner est celui qui résulte de la disposition de

[1] Montpellier, 19 mai 1813; Duranton, t. VIII, n° 267; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. IV, n° 2365.

l'article 901, suivant laquelle, pour faire une libéralité quelconque, il faut être sain d'esprit.

La nullité que l'absence de cette condition entraîne ne procède pas seulement des inspirations réglant le consentement en matière ordinaire. Elle est une déduction essentielle de la pensée que la loi manifeste dans la création des incapacités que nous venons de rappeler. Celui qui n'a pas la plénitude de sa raison est, à l'égard de ceux qui l'approchent, dans une position pire encore que celle du malade envers son médecin ou son confesseur. Celui-ci peut résister et se soustraire à l'influence dont on veut usèr; l'autre est, par son infirmité même, dévoué à toutes les inspirations intéressées qui viendront l'assaillir. On le déterminera facilement à prendre une résolution contre laquelle son cœur et sa raison eussent également protesté s'il avait pu l'apprécier sainement.

La certitude de ce danger devait donc, comme pour les incapacités, faire admettre la présomption d'une suggestion dolosive. Nous arrivons ainsi à nous expliquer d'une manière rationnelle la disposition de l'article 901 du Code civil.

371. — En effet, si cet article n'avait eu en vue que l'incapacité du donateur ou testateur, sa disposition était complétement inutile. En les rangeant sur la même ligne que les contrats ordinaires, la donation et le testament en subissaient tous les principes. A quoi bon, dès lors, exiger, spécialement pour ce qui les concerne, la sanité d'esprit? Mais est-ce que, pour consentir un contrat quelconque, il ne faut pas être sain d'esprit? Est-ce que la capacité des parties n'est pas une des conditions essentielles à la validité des engagements? Il y a donc, dans l'article 901, autre chose que ce qui a motivé les articles 1108 et suivants du Code civil, et cette autre chose n'est que la présomption de suggestion que nous relevions tout à l'heure.

Ce qui le prouve c'est que, dans le cas de l'article 901, l'infirmation des libéralités n'est plus soumise aux règles tracées pour celle des contrats ordinaires. On sait qu'en droit commun l'insanité d'esprit ne peut résulter que du jugement qui prononce l'interdiction. Ce n'est qu'à partir de ce jugement que l'incapacité est légalement acquise. Les actes de celui qui est mort *integri status*, sans que son interdiction ait été prononcée ou provoquée, ne peuvent être attaqués pour cause de démence que si la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué [1].

Quant aux actes antérieurs à l'interdiction, l'article 503 donne bien la faculté de les annuler, mais dans le cas seulement où la cause de l'interdiction aurait notoirement existé au moment de l'acte.

Mais l'interdiction ne peut être prononcée que si celui qui doit en être frappé est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Conséquemment celui qui n'offrira pas cet état habituel sera légalement capable de contracter, alors même qu'il éprouvera des absences d'esprit plus ou moins longues, à des intervalles plus ou moins rapprochés. L'acte qu'il aura souscrit dans une de ces absences n'en produira pas moins tous ses effets, s'il ne décèle l'état de démence de son auteur.

Qui ne voit dès lors que l'application de ces règles aux donations et testaments ouvrait la plus large issue à de graves inconvénients et multipliait les chances de réussite en faveur du dol et de la fraude? C'est précisément un de ces moments de faiblesse que l'avidité mettra à profit, qu'elle s'évertuera à provoquer, afin d'extorquer des libéralités qu'une saine intelligence n'aurait pas consenties.

L'absence d'un jugement d'interdiction plaçait ces libéralités hors de toute atteinte. Le seul recours possible était celui autorisé par l'article 504, dans le cas qu'il prévoit. Mais ce cas est-il facile à se réaliser? Une donation, un testament authentique sont le fait du notaire, du moins quant à leur rédaction. D'avance l'on peut être assuré qu'avant de recourir à son ministère toutes les précautions seront prises pour parvenir à lui faire illusion sur l'état mental de celui qui consent l'un ou l'autre. Le testament olographe lui-même ne sera que d'un mince secours quant à la preuve de la démence, à moins de supposer un état tel que son auteur ne puisse machinalement écrire ce qu'on lui dictera.

S'en référer pour ces deux actes importants aux principes généraux sur la capacité, c'était donc consentir à valider des dispositions n'ayant qu'une apparence de raison, c'était encourager ces rapines honteuses que la cupidité ne multiplie que trop, et sacrifier à un vain scrupule l'intérêt des familles, le repos et la tranquillité de leur chef. La transmission des biens, pour être équitable et juste, doit être dirigée par une volonté éclairée et libre. Or l'homme le plus intelligent, le plus habituellement raisonnable, peut subir, par l'effet de la maladie à laquelle il est en proie, une atteinte grave dans ses facultés mentales. L'espérance d'une guérison empêchera toujours la poursuite d'une interdiction

[1] Art. 504 du Code civil.

que le caractère accidentel de la démence, son peu de durée rendraient d'ailleurs impossible à obtenir. Faudra-t-il cependant maintenir les libéralités que le malade aura pu faire en cet état?

C'est ce que l'article 901 n'a pas voulu consacrer. En faisant de la sanité d'esprit une condition essentielle, la loi a permis d'attaquer les donations et les testaments pour cause de démence, sans se préoccuper si l'interdiction a été ou non prononcée, si la cause en existait notoirement ou non, si l'acte offre ou n'offre pas la preuve de la démence. En effet, si l'acte pouvait être maintenu sous le rapport de la capacité de son auteur, il devrait être annulé sous le rapport de la suggestion présumée.

372. — Ainsi les exigences de la loi ayant pour motifs autant la conduite de l'institué que l'incapacité du disposant, l'insanité d'esprit ne s'entend plus, à l'endroit des libéralités, d'un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Elle subsiste toutes les fois qu'il y a privation même *momentanée* de la raison [1]; toutes les fois qu'au moment de la confection de l'acte le disposant était en proie à une passion violente qui trouble son jugement à l'égard des objets qui ont rapport à cette passion [2]; toutes les fois, en un mot, que la suggestion a pu facilement faire triompher ses prétentions et inspirer sa volonté.

373. — Le caractère véritable de l'article 901, tel que nous venons de le définir, n'est plus aujourd'hui contesté. Dans l'origine, on avait soutenu que la sanité d'esprit qu'il exige devait être régie par les principes ordinaires et subir l'application des articles 503 et 504. Mais la cour de cassation, sur le réquisitoire de Merlin, proscrivit ce système qui, depuis, a été généralement abandonné. L'arrêt est ainsi motivé :

« Considérant que l'article 504 du Code civil n'est point applicable aux donations entre-vifs ni aux testaments, lesquels sont spécialement régis par l'article 901 du même Code, qui a été définitivement adopté et promulgué en ces termes : *Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit;* qu'il résulte de la généralité de ces expressions que, nonobstant les articles 1341, 1347, 1352 et 1353 dudit Code, il est permis aux parties d'articuler, et aux tribunaux de les admettre à prouver, tous les faits qui sont de nature à établir que l'auteur d'une donation entre-vifs ou d'un testament n'était pas sain d'esprit au moment de la confection de ces actes, sans distinguer si ces faits ont ou n'ont pas constitué un état permanent de démence [3]. »

Aucun doute donc ne saurait s'élever sur le sens et le caractère de l'article 901. La donation, comme le testament, exige dans son auteur une appréciation raisonnée et intelligente. Cette condition manque si, au moment de l'acte, le souscripteur n'est pas sain d'esprit. Cet état, ne fût-il qu'accidentel ou momentané, n'en entraîne pas moins la nullité de l'acte. Il suffit qu'il ait existé pour que la disposition soit viscéralement atteinte. Celui qui n'est pas sain d'esprit ne peut manifester une volonté, il n'a ni la faculté, ni les moyens de le faire. En réalité, il ne peut concevoir une pensée ni l'exprimer. Les dispositions qu'on lui attribue sont présumées lui avoir été suggérées et être le fait de celui qui est appelé à en profiter.

Eh! ce qui devait surtout le faire décider ainsi, c'est que l'homme ne dispose le plus souvent de sa fortune que dans ses derniers moments. La donation elle-même, consentie quelques minutes avant la mort, n'en conserve pas moins le caractère qui lui est propre. Alors, cependant, que de dangers pour le malade! Que de sollicitations! Que d'embûches de la part de ceux qui l'entourent! En vérité, on ne pouvait faire moins, pour conjurer ces périls, que d'exiger, comme condition essentielle de la validité de l'acte, la sanité d'esprit, et d'annuler, en conséquence, les dispositions arrachées à une imagination malade, à une raison obscurcie.

374. — Ajoutons que cette conclusion trouvait un point d'appui dans les législations précédentes. Le droit romain, entre autres, soumettait le sort des libéralités à la capacité de fait au moment où elles étaient consenties [4]. D'où Pothier enseignait avec raison *que ce n'est pas tant l'interdiction que la démence même qui rend incapable de tester.*

375. — La preuve de l'insanité d'esprit du disposant est donc péremptoire, elle dispense de celle de la suggestion, celle-ci résulte forcément de la première avec laquelle elle se confond d'une manière indivisible. Or, nous avons vu la cour de cassation décider, dans son arrêt du 22 novembre 1810, que cette preuve est dans

[1] Jaubert, *loco citato.*
[2] *Pandectes françaises*, art. 901.
[3] Cass:, 22 novembre 1810; *vid.* nombreux arrêts conformes; Dalloz, *Dict. gén.*, v° *Disp. entre-vifs*, nos 8 et suiv.
[4] *Inst.*, liv. II, tit. XII.

tous les cas recevable, alors même qu'il faut recourir à des dépositions orales. Cette décision, dictée par la raison, se justifie en outre très-bien sous le rapport des principes régissant la preuve testimoniale.

Considérée comme créant une présomption légale de captation, l'insanité d'esprit entraîne contre celui qui en a profité la conviction d'un dol pratiqué non pas seulement contre le disposant, mais encore contre ses héritiers naturels; or le dol constitue un véritable quasi-délit dont la preuve orale est toujours admissible.

D'autre part, on ne saurait sans injustice exiger, de celui qui se plaint, une preuve littérale. Celui qui exploite à son profit l'infirmité d'un malade se garde bien d'afficher par écrit ses prétentions. La famille qu'il a spoliée se trouve donc, à son égard, dans la position du créancier qui n'a pu se procurer la preuve écrite de l'obligation; elle trouverait donc, si on pouvait lui opposer l'article 1341, le moyen d'en éluder l'application en invoquant la disposition précise de l'article 1348.

376. — Mais, en réalité, l'article 1341 est inapplicable aux actions fondées sur l'insanité d'esprit. Ces actions n'ont nullement pour objet de porter atteinte à la foi due à l'acte, à la véracité de ses énonciations; ce qu'elles tendent à établir, c'est l'existence d'un vice affectant l'acte dans son essence, lui faisant perdre toute légalité. Ce n'est pas là, dès lors, prouver outre et hors le contenu en l'acte, car il faut distinguer l'intérieur de la disposition de la capacité de celui qui l'a faite. Sans doute, lorsqu'il ne s'agit que de l'acte, de la vérité de ce qu'il contient, des formes dont il est revêtu, il est de règle générale qu'on n'admet pas la preuve par témoins contre ce qui est écrit, parce qu'il prouve lui-même, et d'une manière authentique, tout ce qu'on a besoin de savoir à cet égard. Mais quand il est question de la capacité des parties, l'acte même authentique ne la prouve pas, il la suppose [1]. Ce n'est point ici un fait matériel se réalisant sous les yeux du notaire, et qu'il a mission de constater; c'est une appréciation que les recherches que la loi prescrit à cet officier public, à l'effet de s'assurer de la capacité des parties, lui ont inspirée. Cette appréciation peut bien créer une présomption conforme à l'opinion du notaire, mais il suffit qu'il ait pu se tromper ou être trompé pour que cette opinion ne participe en rien à l'authenticité que ses fonctions assurent aux autres énonciations de l'acte.

De là cette conséquence que, si ces énonciations ne peuvent être détruites que par une inscription de faux, l'erreur, dans l'appréciation de la capacité, peut toujours faire l'objet d'une preuve testimoniale. Ainsi, et malgré la déclaration du notaire que le disposant lui a paru, ou a été sain d'esprit, le contraire peut être établi sans la voie de l'inscription de faux : c'est ce que la doctrine et la jurisprudence admettent, c'est ce que décide formellement l'arrêt de cassation déjà cité, du 22 novembre 1810.

377. — L'admissibilité de la preuve orale pour l'insanité d'esprit n'est donc pas une dérogation à l'article 1341. Alléguer la démence, ce n'est pas contester la matérialité de l'acte, la vérité de ses allégations, la régularité de ses formes; c'est soutenir qu'il ne pouvait exister de convention régulière, de consentement valable. Le respect dû à l'acte écrit intéresse trop l'ordre public, il est trop profondément implanté dans notre législation pour qu'on ait voulu le faire céder même devant l'intérêt des familles; ce qui le prouve, c'est que nous allons le retrouver avec toutes ses exigences dans le développement du principe de la recevabilité de la preuve testimoniale, en matière d'insanité d'esprit.

378. — Cette preuve, en effet, ne doit être admise qu'autant que les faits articulés se renfermeraient dans la violation de l'article 901 et auraient pour objet la justification de l'état d'imbécillité ou de démence. Les faits qui seraient de nature à contredire les allégations essentielles de l'acte, ou qui renfermeraient la dénégation des circonstances que le notaire a mission de constater, devraient être rejetés. La preuve n'en pourrait être reçue qu'après le préalable de l'inscription de faux.

Ainsi on pourra, sans recourir à cette voie, prouver par témoins qu'avant, pendant et après l'acte, le déposant n'a pas eu la libre jouissance de ses facultés intellectuelles; que même, en présence du notaire, cet état s'est manifesté par des signes plus ou moins caractéristiques, par des propos extravagants, par des actions insensées. Mais on ne saurait, sans s'inscrire en faux, prétendre prouver que l'acte a été reçu dans un lieu autre que celui qui y est indiqué, ou qu'au moment de la réception, le disposant était dans un tel état de prostration physique ou morale qu'il n'a pu ni écrire, ni parler, alors que l'acte porte qu'il a dicté et signé ses dispositions [2].

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Test.*, sect. Ire, § 1, art. 1er.

[2] Cass., 3 décembre 1807, 17 juillet 1817, Grenoble, 3 août 1829; D. P., 7, 1, 181; 17, 418, 30, 2, 251.

379. — Cette règle, dont les tribunaux ne sauraient s'écarter, détermine, comme conséquence forcée, la nécessité d'articuler d'une manière nette et précise les faits dont on prétend faire résulter l'insanité d'esprit. C'est, en effet, le moyen unique d'apprécier le caractère et la portée de chacun d'eux, et de reconnaître ceux qu'il faut admettre, ceux qu'il faut rejeter.

Sous un autre rapport, l'articulation des faits n'est pas moins indispensable. Il ne suffit pas qu'une preuve soit recevable pour qu'elle doive être admise. La condition essentielle de l'admission est que la plainte soit dès à présent vraisemblable, ce qu'on apprécie par les circonstances et les faits du procès. Ainsi le demandeur en nullité, qui se contenterait d'offrir la preuve de l'insanité d'esprit au moment de l'acte, verrait sa demande rejetée purement et simplement [1].

On doit d'autant plus le décider ainsi que, loin de se relâcher de la sévérité ordinaire à l'endroit de la preuve testimoniale, la loi conseille une plus grande circonspection lorsqu'il s'agit, par son secours, d'annuler les actes de dernière volonté, dont l'exécution religieuse est le premier de ses vœux. Cette nullité dès lors ne doit être accueillie que si le juge est moralement et légalement convaincu de sa nécessité et de sa justice. Les faits à prouver doivent donc promettre ce double caractère. Or, comment l'apprécier, si ces faits ne sont pas même articulés?

L'articulation des faits est donc, sous tous les rapports, un devoir rigoureux dont l'omission entraîne le rejet de la preuve.

380. — Il résulte de plus de ce qui précède, que la pertinence des faits se mesure sur leur plus ou moins de signification, relativement au point interloqué, à savoir : l'insanité d'esprit au moment de la confection de l'acte attaqué. A cet égard, ils doivent tendre à l'établir d'une manière claire, précise et sans équivoque. Ainsi, ceux qui se rapporteraient à des époques antérieures ou postérieures devraient être rejetés comme inconcluants, à moins qu'on ne prétendît justifier d'un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur. Dans tous les cas, les faits doivent être décisifs; la preuve de quelque bizarrerie dans les idées ou dans le caractère, de quelques actes déraisonnables soit avant, soit après la libéralité, serait insuffisante pour la faire infirmer [2]. On ne saurait, en effet, rien en conclure contre la validité de l'acte, dont la nullité ne saurait jamais être prononcée par voie de conséquence. « Les demandes d'annulation, dit Grenier, doivent être appuyées sur des faits précis, nettement articulés. Les tribunaux ne procèdent jamais par induction, parce qu'il s'agit d'une incapacité. Ainsi le grand âge du testateur, l'oubli de sa famille, l'importance des dispositions qu'il ferait en faveur de ses domestiques, toutes ces circonstances seraient par elles-mêmes insuffisantes pour constater la démence [3]. »

Si la démence était certaine avant et après l'époque qui a vu la libéralité s'accomplir, devrait-on considérer cette libéralité comme le résultat de l'insanité d'esprit? La solution de cette question est laissée à la prudence des juges, elle dépend de l'appréciation des circonstances, pouvant établir chez le disposant un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur.

N'oublions pas cependant que la validité de l'acte n'est pas inconciliable soit avec un état de démence antérieure et postérieure, soit avec l'état habituel lui-même. Dans la première hypothèse, l'absence de toute interdiction, le défaut de poursuites, fait supposer la capacité; dans la seconde, cette présomption est remplacée par celle de l'existence d'un intervalle lucide. Protégé par l'une ou par l'autre, l'acte doit être maintenu si la preuve rapportée n'est pas de nature à justifier l'incapacité et à démontrer l'absence de tout intervalle lucide.

381. — La possibilité légale de ces intermissions, dans l'état de folie, était admise par notre ancien droit. On en trouve la preuve dans la doctrine si clairement résumée dans le plaidoyer de d'Aguesseau, sur le testament de l'abbé d'Orléans.

Il est vrai que cet illustre magistrat semblait n'admettre l'existence des intervalles lucides que chez le furieux. Mais cette opinion n'était pas généralement suivie; le testament de l'insensé, celui de l'imbécile était susceptible d'être validé, comme ayant été fait dans un intervalle lucide [4].

L'absence de toute interdiction faisait même présumer l'existence de l'intervalle lucide, mais pouvait-on en exciper lorsque l'interdiction avait été prononcée?

Cette question, qui avait soulevé de graves difficultés, paraît avoir été décidée pour la né-

[1] Rouen, 3 mai 1816; Colmar, 17 juin 1812; Besançon, 19 décembre 1810; Aix, 14 février 1808. Voy. *Journal du Palais*.

[2] Paris, 26 mai 1825.

[3] *Des Donat.*, t. Ier, no 103; Conf., cass., 18 oct. 1809; Rouen, 3 mai 1816.

[4] Furgole, *des Test.*, chap. IV, sect. II, no 208.

gative. Ainsi, sous ce rapport, nos anciens jurisconsultes s'étaient écartés de la solution qu'offrait, sur ce point, le droit romain.

Nous avons déjà fait observer que Justinien ne faisait dépendre le sort des libéralités que d'une seule condition, à savoir : la capacité de fait au moment de l'acte, *in eo qui testatur ejus temporis quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.* Or cette capacité de fait résultant de l'intervalle lucide, le testament fait pendant la durée de celui-ci était validé sans contestation : *Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testassi esse videntur* [1].

Or l'interdit, comme celui qui ne l'était pas, quoique méritant de l'être, était dans le cas d'éprouver un de ces moments heureux pendant lesquels, dominant le mal qui l'accablait, son esprit reprenait son empire, recouvrait sa lucidité et son intelligence. On ne pouvait contester à l'un ce qu'on admettait pour l'autre, sans attacher à l'interdiction, judiciairement prononcée, ce singulier effet de renverser les règles de la nature, et de rendre impossibles des phénomènes dont elle admet l'existence ; il faudrait, dans ce cas, renverser la proposition que Pothier nous enseigne et dire *que ce n'est pas tant la démence que l'interdiction même qui rend incapable de tester.*

382. — Quoi qu'il en soit, quelle est de ces deux solutions celle que le Code actuel a sanctionnée? Quel serait aujourd'hui le sort d'un testament fait par l'interdit postérieurement à son interdiction ?

Ces questions seraient toutes tranchées, s'il fallait les résoudre sous l'influence de l'article 502. Tous les actes passés après l'interdiction sont nuls de plein droit, porte cet article. D'où Toullier et Grenier concluent que le testament intervenu dans les mêmes circonstances ne saurait sortir à effet.

Cette conclusion renferme-t-elle une saine appréciation de l'esprit de notre législation, en matière de testaments ? Nous hésitons d'autant plus à le croire qu'elle suppose *à priori* l'application de l'article 502 à ces actes, tandis que le contraire nous paraît démontré.

Remarquons d'abord que le Code s'est exactement approprié la pensée de la loi romaine. Comme celle-ci en effet, et presque dans les mêmes termes, il n'exige, pour condition des libéralités, que la capacité de fait au moment de l'acte.

Il est donc certain, aujourd'hui, que ce qui confère la capacité de tester, c'est non *corporis sanitas*, mais *integritas mentis*. On sait la conséquence que le droit romain en avait tirée. Peut-on dès lors raisonnablement admettre que le Code ait adopté le même point de départ pour arriver à une déduction diamétralement opposée ?

Ce système, à notre avis, blesse évidemment la logique, mais nous allons plus loin encore, car nous trouverons qu'il ne choque pas moins la raison. L'article 991, exigeant la sanité d'esprit, est complétement satisfait lorsque cette condition se réalise, et c'est ce qui arrive lorsque l'interdit a réellement joui d'un intervalle lucide, pendant lequel il a disposé. Or, l'opinion que nous combattons tend à déclarer l'existence de ces intervalles impossible après l'interdiction, comme si la décision judiciaire qui la prononce pouvait avoir pour effet de proscrire ce que la nature autorise, ce qu'on admet sans difficulté pour celui qui n'a pas été interdit, quoique étant réellement dans le cas de l'être.

Nous n'avons pas besoin d'insister sur l'énormité de cet effet attaché au jugement d'interdiction ; elle est telle à notre avis, qu'elle n'a pu venir à la pensée du législateur.

La preuve nous en est fournie par l'article 901, qui crée pour les libéralités un système spécial, dérogatoire au droit commun en matière de capacité. C'est ainsi qu'il est admis que les articles 503 et 504 n'ont aucune application aux donations entre-vifs et aux testaments. Or, ce qu'on décide pour ceux-ci, on doit le consacrer pour l'article 502. En effet, recourir à celui-ci lorsqu'il y a eu interdiction et repousser l'article 504 lorsque le disposant est mort *integri status*, ce serait admettre que le législateur a prétendu favoriser tout ce qui tend à infirmer les testaments, réservant toute sa sévérité pour ce qui est dans le cas d'en assurer le maintien. Or, nous l'avons déjà dit, l'esprit de la loi a été de consacrer précisément le contraire.

Dès lors, si le testament de celui dont tous les actes sont inattaquables peut être attaqué pour cause de démence, il faut, par réciprocité, admettre que là où tous les actes ordinaires seraient nuls de droit, le testament pourra être maintenu si la condition exigée par l'article 901 s'est réalisée. Sans doute l'interdiction judiciairement prononcée crée une présomption de démence, mais son absence fait présumer la sanité d'esprit. Puisque dans ce cas cette présomption

[1] *Inst.*, liv. II, t. XII, loi 20, Dig ; loi 9, Cod., *qui test. facere possint.*

n'exclut pas la preuve de la démence, il faut, pour être rationnel, conclure que dans le premier cas la présomption de la démence ne peut s'opposer à la preuve de la sanité d'esprit.

383. — En d'autres termes, l'article 901 dérogeant aux articles 503 et 504, déroge également, et par parité de raison, à l'article 502. C'est d'ailleurs ce qu'enseigne Merlin :

« Dès que pour déclarer un furieux ou un homme en démence incapable de tester, n'importe qu'il soit interdit ou non, on est obligé de recourir à l'article 901, il faut bien aussi que l'on s'y tienne pour déterminer les limites de cette incapacité. Or, d'une part, cet article ne fait dépendre la capacité de tester que de la santé de l'esprit, et de l'autre, il est bien sensible que l'interdiction ne peut empêcher que l'individu qu'elle frappe n'ait des intervalles lucides, ni, par conséquent, qu'il soit sain d'esprit pendant ces intervalles. Elle ne peut donc pas l'empêcher de tester. Eh! que ferait-on en jugeant le contraire? On ajouterait à l'article 901 une exception qu'il ne contient pas et l'on appliquerait aux testaments l'article 502, qui y est évidemment étranger, c'est-à-dire qu'on violerait doublement la loi [1]. »

384. — Nous ne connaissons aucun monument de jurisprudence qui ait eu à résoudre la question qui nous occupe; mais un arrêt récent de la cour de cassation crée un très-fort préjugé contre la doctrine de Toullier et de Grenier. La cour suprême a, en effet, jugé, le 12 novembre 1844, que l'article 502 n'était pas applicable au mariage et à la légitimation des enfants naturels, qu'en conséquence l'interdit avait pu valablement, après son interdiction, se marier, reconnaître et légitimer les enfants nés avant ce mariage. Certes, ces actes exigent, de la part de ceux qui les contractent, un consentement libre et éclairé. Ce n'est donc que par la supposition d'un intervalle lucide qu'on a pu reconnaître à l'interdit la faculté d'y procéder. Hésiterait-on à admettre pour la donation et le testament ce qu'on a admis pour le mariage et la légitimation? Il suffit de réfléchir aux effets nécessaires des uns et des autres pour être certain du contraire.

385. — Retenons donc que le testament postérieur au jugement d'interdiction n'est pas nul de plein droit; qu'il doit, au contraire, sortir à effet et être maintenu, si le légataire institué prouve qu'il a été commencé et fini pendant la durée d'un intervalle lucide.

[1] *Rép.*, vo *Test.*, sect. re, § 1, art. 1er, no 6.

Nous disons : pourvu que le légataire prouve l'intervalle lucide. Remarquons, en effet, que l'interdiction, quoique ne s'opposant nullement à la réalisation d'un de ces intervalles, établit la présomption légale d'insanité d'esprit; que dès lors c'est à celui qui y a intérêt à prouver la vérité contraire. L'interdiction produit donc dans cette matière un effet certain; elle déplace la présomption qui s'attache à l'acte et change les obligations respectives des légataires et des héritiers naturels. Si le testateur est décédé *integri status*, le testament est accepté, jusqu'à preuve contraire, comme l'expression d'une pensée saine; si l'interdiction a été prononcée, le testament est présumé l'ouvrage de la démence. Dans le premier cas, la preuve de l'insanité d'esprit est à la charge des héritiers naturels; dans le second, c'est l'héritier institué qui doit fournir celle de la raison.

386. — Cette dernière preuve sera assez difficile dans bien des cas. Dans tous, l'acte lui-même, la nature de ses dispositions, leur étendue, la justesse d'esprit qui s'y fera remarquer en seront des éléments essentiels.

A cet égard, cependant, la valeur de ces indications sera nécessairement relative. L'acte authentique appartient, quant à la rédaction, bien plutôt au notaire qu'au disposant lui-même. Il est donc évident que la lucidité, que la sagesse de cette rédaction ne fournira qu'un indice peu grave de la sanité d'esprit du disposant.

Il n'en est pas ainsi du testament olographe; celui-ci est l'œuvre exclusive du testateur. Il férait donc facilement admettre son état de raison si, par son étendue et la clarté de ses dispositions, il paraît repousser toute idée de démence.

Toutefois, le testament peut avoir été machinalement copié sur un projet fourni ou dicté au testateur par les personnes intéressées. Ce n'est pas tout d'écrire des dispositions, il faut en outre être en état d'en comprendre la nature, d'en apprécier la portée. La preuve de l'une des circonstances que nous indiquons altérerait donc gravement la foi due à la sagesse de l'acte.

Au reste, c'est à la prudence du juge à établir le véritable caractère de l'acte attaqué; c'est par l'examen attentif des circonstances et des faits que la justice distinguera celui qu'il faut maintenir et celui qu'il convient de rejeter.

387. — En résumé, le respect que son caractère de haute utilité assurait à la libre disposition des biens dictait au législateur le devoir d'en assurer la sincérité. Les influences que la

cupidité fait s'agiter autour d'un mourant offraient un véritable danger, car elles pouvaient lui inspirer une volonté contraire à ses propres intentions et s'enrichir ainsi par une voie illégitime. C'était donc ces influences qu'il fallait d'abord proscrire; de là, l'incapacité des tuteurs, médecins, pharmaciens, ministres des cultes. La crainte d'une suggestion dolosive était bien mieux fondée lorsque le testateur, privé de sa raison, se présentait comme une proie facile à toutes les manœuvres. Les motifs étant identiques, on devait sanctionner un principe commun, et de là la présomption de suggestion qui, indépendamment de l'incapacité du disposant, annule les libéralités arrachées à une pensée inerte et faible, incapable d'apprécier et de comprendre.

Le besoin d'assurer sur ces deux points la volonté du législateur commandait de proclamer la recevabilité de la preuve testimoniale, dont l'admissibilité est abandonnée aux lumières et à la prudence des magistrats.

388. — Nous arrivons à la captation ordinaire, qui se concilie très-bien avec la sanité d'esprit la plus complète. La captation, en effet, est de toutes les fraudes la plus déliée, la plus subtile; elle s'insinue d'abord dans les bonnes grâces de celui qu'elle veut égarer; exploite à son profit ses goûts, son intérêt, ses passions; elle abuse bientôt de l'ascendant que ses manœuvres ont su lui conquérir, et parvient même à triompher de la volonté la mieux arrêtée.

Son existence, comme dans les cas précédents, vicie donc l'acte qui en est entaché. La seule différence, c'est que, présumée pour ceux-ci, elle doit, dans l'hypothèse qui nous occupe, être prouvée par celui qui l'allègue.

389. — Dès lors, l'offre de fournir cette preuve est toujours recevable. Un instant le silence gardé par le Code, sur cette cause de nullité des libéralités, avait fait contester ce résultat. On avait, en effet, interprété ce silence comme une abrogation de l'article 47 de l'ordonnance de 1735, d'où l'on concluait que la recherche de la captation était interdite. Mais cette interprétation, que la discussion législative n'autorisait d'aucune manière, a été depuis longtemps repoussée par la doctrine et la jurisprudence.

La captation ou suggestion est donc encore une cause de nullité des libéralités. Mais en conservant le principe, l'on n'en a point diminué et encore moins fait disparaître les difficultés d'application. Les procès de captation soulèvent ordinairement, et souvent sans intérêt réalisable, les plus scandaleux, les plus affligeants débats. « Qui ne sait, disait naguère devant la cour de cassation M. l'avocat général Delangle, qui ne sait que le plus souvent les procès de ce genre sont imaginés par ceux qui n'ont pas d'autres moyens d'attaquer un testament? Sur cent procès, c'est à peine si un réussit; aussi, quoi de plus scandaleux? Sous les prétextes les plus frivoles et dans un misérable intérêt d'argent, on exhume le testateur et l'on dirige contre sa mémoire d'insultantes accusations. Sa vie privée, ses mœurs, ses pensées, ses habitudes les plus intimes, rien n'est respecté; tout, au contraire, revêt, au gré d'une polémique ardente, les plus odieuses couleurs. »

Ces inconvénients, réellement déplorables, avaient déjà tellement frappé les auteurs du Code, que le premier projet avait formellement rayé la captation du nombre des causes de nullité des donations et testaments. La discussion la fit cependant maintenir. Faut-il le regretter? Il faut convenir qu'on n'a pas le courage de le faire en présence des motifs qui ont déterminé le législateur.

« La loi, dit Bigot de Préameneu, a gardé le silence sur le défaut de liberté qui peut résulter de la captation et sur le vice d'une volonté déterminée par la colère ou par la haine. Ceux qui ont entrepris de faire annuler des dispositions par de semblables motifs, n'ont presque jamais réussi à trouver de preuves suffisantes pour faire rejeter des titres positifs, et peut-être vaudrait-il mieux, dans l'intérêt général, que cette source de procès ruineux et scandaleux fût tarie, en déclarant que ces causes de nullité ne seraient pas admises. Mais alors la fraude et les passions auraient cru voir dans la loi même un titre d'impunité. Les circonstances peuvent être telles, que la volonté de celui qui a disposé n'ait pas été libre ou qu'elle ait été entièrement déterminée par une passion injuste. C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier les faits et tenir la balance entre la foi due à l'acte et l'intérêt des familles; ils empêcheront qu'elles ne soient dépouillées par les gens avides qui subjuguent les mourants, ou par l'effet d'une haine que la nature ou la raison condamne. »

Ainsi si, dans l'origine du Code, les procès en captation ont pu présenter une question de droit, ils ne sauraient plus aujourd'hui constituer qu'une pure question de fait, que la conscience du juge apprécie souverainement. Mais, dans l'intérêt même de cette appréciation, faisons remarquer que ce n'est, en quelque sorte, qu'à regret que la captation et ses effets ont été

maintenus dans la législation. Cette considération indique suffisamment avec quelle prudente réserve doivent agir les tribunaux dans leur admission.

390. — Il en est de la captation ordinaire comme de la captation présumée, c'est-à-dire que la preuve testimoniale est toujours recevable. Le système que cette recevabilité devait être subordonnée à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, un instant soutenu, a été abandonné par tout le monde. Conséquemment, son admissibilité dépend essentiellement de la gravité et de la pertinence des faits articulés.

391. — Or les faits n'ont de la gravité que s'ils tendent à établir un ensemble de manœuvres frauduleuses et dolosives. En effet, la seule captation que la loi a voulu réprimer est celle qui, par une espèce de violence morale, est parvenue à substituer à la volonté spontanée du disposant une volonté qu'elle a su faire naître et qu'elle a entretenue par ses artifices : *Quod falsæ et dolosæ suggestiones adhibitæ sint,* comme dit la loi romaine.

« Ainsi, dit Furgole, les présents, les affections vraies ou simulées, les services, les complaisances, les caresses, les prières, dans la vue d'attirer les libéralités, n'ont pas, à la vérité, toute la pureté d'intention et ne sont pas louables à cause du motif d'intérêt sordide qui en est le mobile; mais ces voies ne sont pas pourtant déclarées illicites, parce qu'elles n'ont pas une liaison nécessaire avec le dol et la fraude. Ce sera tout au plus ce qu'on appelle *dolus bonus,* qui ne doit point nuire à celui qui le met en usage [1]. »

Il est évident, en effet, qu'on ne pouvait réduire le sort de la captation à un fait intentionnel dont la recherche ne saurait dans aucun cas offrir la moindre sécurité, la plus légère certitude. Les tribunaux n'ont pas la mission de lire dans les cœurs, parce qu'ils n'en ont pas le pouvoir. C'est par des faits certains qu'ils peuvent arriver à des conséquences plus ou moins logiques. Et si, nonobstant ces éléments, l'erreur se glisse quelquefois dans leurs décisions, il en serait bien plus ainsi si ces décisions étaient réduites à interpréter le véritable caractère des pensées intimes des parties contendantes.

Qu'importe d'ailleurs que le disposant ait été la dupe d'une affection simulée, qu'il ait cru à la sincérité de l'attachement qu'on lui témoignait? De sa part, au moins, cet attachement était sincère, et si la libéralité n'a été que la conséquence de ce sentiment, il y a bien réellement volonté certaine, et conséquemment impossibilité de s'y soustraire : *Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt* [2].

De là il suit que si les faits articulés ne tendaient à établir que des circonstances de la nature de celles relevées par Furgole, la preuve en serait inadmissible. En effet, prouvées qu'elles fussent, supposé même qu'on pût en démontrer le défaut de sincérité, ces circonstances ne pourraient empêcher l'acte de produire son plein et entier effet.

392. — Mais à quelles conditions reconnaîtra-t-on qu'il s'agit d'une captation prohibée? Évidemment lorsque les faits allégués, s'ils étaient certains, rendraient la libéralité involontaire, en démontrant l'illégitimité des moyens à l'aide desquels on est parvenu à égarer son auteur. Bien qu'en pareille matière il ne puisse exister ni règles absolues, ni précédents obligatoires, il est cependant admis en doctrine et en jurisprudence qu'il est des faits ayant à cet égard une grave et importante signification.

Ainsi un homme a toujours bien vécu avec sa famille. Survient un tiers qui se substitue à celle-ci dans son affection. Pour assurer son empire, il répand le venin de la calomnie sur les membres de la famille, les dépeint comme les ennemis particuliers de celui qu'il trompe, et parvient enfin à les faire déshériter.

Dans la même hypothèse, le tiers ne se contente pas de semer la haine et la discorde entre le testateur et ses héritiers naturels. Se méfiant encore des sentiments du premier, il l'éloigne de tous ses amis, de tous ses parents, auxquels il interdit tout accès.

Évidemment des actes de cette nature ont une portée énorme. Ils prouvent que la libéralité n'a pas été l'effet de l'affection. Le testateur, en effet, aurait préféré ses parents, s'il n'avait été abusé par les calomnies odieuses dont ils ont été l'objet, calomnies dont la séquestration devait assurer le triomphe, en apportant un obstacle invincible à toute explication.

D'autre part, quel peut être le motif de la séquestration, si ce n'est d'isoler celui qui la subit et de triompher ainsi plus facilement de sa volonté? On peut même dire que l'auteur de cette mesure illégale a, par cela seul, témoigné combien était faible l'affection dont il se prévaudra plus tard. C'est parce qu'il a craint que ce

[1] *Des Test.*, chap. V, sect. III.

[2] L. 70, Dig., *de hæred. inst.*

sentiment ne s'effaçât devant la présence seule des parents qu'il les a soigneusement écartés.

Dès lors l'offre de prouver, soit un système de calomnie contre la famille, soit la séquestration du disposant, contient des faits d'une nature grave. Ce sont là des moyens dolosifs réprouvés par la morale et par la loi. Leur preuve est non-seulement recevable, mais encore admissible, si d'ailleurs on lui reconnaît les caractères de pertinence dont nous parlerons bientôt.

393. — Le concubinage était autrefois une cause de nullité des donations ou testaments. Son existence faisait présumer la captation dolosive. La preuve en était donc recevable et admissible [1].

Il faut convenir que la prohibition de l'ordonnance, dont la rigueur avait d'ailleurs été modifiée dans la pratique, s'étayait, au point de vue juridique et moral, sur de puissantes considérations. On connaît l'empire que des relations illégitimes créent, surtout sur des vieillards, et la certitude de cet empire pouvait facilement déterminer la conviction que les libéralités obtenues n'avaient pas d'autre cause. L'histoire du concubinage est, dans une autre signification, le martyrologe de bien des familles qui l'ont vu audacieusement exploiter la discorde et la haine qu'il avait semées dans leur sein.

Cependant le Code civil a nettement répudié sur ce point les errements du législateur de 1629. Non pas, certes, qu'on se soit dissimulé la réalité du danger que celui-ci avait prévenu, mais on a considéré qu'il y aurait un péril plus grave encore, pour la morale publique, dans la manifestation des désordres et des passions du testateur, dans le scandale d'actions dirigées quelquefois sans fondement contre la personne instituée.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain qu'aujourd'hui le concubinage ne détermine aucune incapacité, qu'il ne peut même être invoqué comme prouvant la captation.

Celui-là donc qui demanderait à le prouver, comme moyen unique d'établir celle-ci, devrait être repoussé. La preuve offerte ne serait ni recevable, ni admissible [2].

Mais le concubinage rend la captation vraisemblable. A ce titre, il devient un élément essentiel du dol, un moyen d'apprécier la gravité des faits signalés. Lors donc qu'on l'articule à l'effet d'étayer divers autres manœuvres et artifices, la preuve peut et doit en être ordonnée [3].

394. — Au reste, une considération qui domine nécessairement toute notre matière, c'est que la gravité des faits, au point de vue des résultats à obtenir, est purement relative. On doit l'apprécier dans chaque espèce, non-seulement par l'ensemble des circonstances, mais encore par la position respective du disposant, de sa famille, de l'institué, par leurs antécédents à tous. C'est à la prudence du juge à consacrer la solution la plus rationnelle. Nous l'avons déjà dit, son appréciation est souveraine. Cependant la loi nous paraît avoir tracé le mode à suivre dans la création des incapacités. Plus une personne aura été dans le cas d'influencer la volonté du disposant, plus on croira à l'exercice de cette influence. En conséquence tel fait qui, par rapport à l'un, manquerait de gravité, en acquerrait une positive par rapport à l'autre. La preuve qui serait repoussée pour celui-là pourra donc être admise pour celui-ci.

395. — La gravité des faits détermine généralement leur pertinence. Il est rare, en effet, qu'un fait grave soit jugé non pertinent. Cependant cela peut se réaliser, lorsqu'il s'agit d'un procès en captation ou suggestion. On doit, dans ce cas, se montrer beaucoup plus sévère que lorsqu'il s'agit d'une simple obligation. C'est ce qui s'induit des principes que nous avons déjà rappelés.

L'exécution littérale des dispositions réglant la transmission des biens est le premier vœu du législateur, parce qu'elle est une nécessité sociale. Or, soumettre au gré d'un héritier désappointé et, dans tous les cas, cette exécution aux chances de témoignages complaisants ou corrompus, c'est non-seulement aller contre l'esprit de la loi, mais encore altérer la foi due aux divers modes de transmission autorisés.

Que, dans le but d'en assurer la sincérité, on ait permis de recourir à la preuve testimoniale, c'est là une exception dictée par l'intérêt bien entendu des familles, et non une arme abusive qu'on ait voulu leur confier. Il convient donc de la renfermer dans les limites d'une nécessité démontrée. Or, s'il suffisait d'articuler des faits graves pour obtenir de faire entendre des témoins, l'exception deviendrait bientôt le droit commun.

En effet, le demandeur en preuve saura bien articuler des faits assez graves pour que sa de-

[1] Ordonnance de janvier 1629, art. 132.

[2] Pau, 20 mars 1822; Grenoble, 15 juin 1822; Paris, 17 juillet 1826.

[3] Cass., 31 janv. 1814; Aix, 17 avril 1844 (succession Gastain).

mande ne puisse être refusée. Il parlera de calomnies répandues contre les parents, de la séquestration de l'auteur de la libéralité, et, suivant qu'il sera possible de le faire, du concubinage même. Il sait très-bien lui-même qu'il est dans l'impossibilité de prouver ce qu'il avance, mais l'intérêt du moment est d'obtenir l'interlocutoire, cela prolonge d'abord le litige, puis la preuve testimoniale a tant de chances! Il peut se faire même que l'adversaire, effrayé de ses incertitudes, compose en abandonnant une partie de ses droits.

Ce calcul n'est pas toujours une pure hypothèse. Sa possibilité avait tellement frappé des esprits judicieux qu'elle les avait déterminés à subordonner la recevabilité de la preuve orale de la captation à l'existence d'un commencement de preuve par écrit. On a, avec raison, condamné ce système qui, pour éviter un inconvénient, tombait à plein dans l'inconvénient opposé. Mais l'existence du danger signalé exigeait qu'on s'occupât de le prévenir. Le moyen qui s'offrait le plus naturellement était de se montrer exigeant sur ce qui constitue la pertinence des faits.

On ne reconnaîtra donc ce caractère qu'aux faits qui tendent à prouver :

396. — 1° Que la captation dolosive a été la cause déterminante de la libéralité.

Cette condition n'est qu'une application exacte de l'article 1116 du Code civil. Aux termes de sa disposition, le dol n'annule le contrat que si les manœuvres de l'une des parties ont été telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. En d'autres termes, la captation dont on se plaint doit constituer un dol substantiel, car il n'apparaît en rien que le législateur ait entendu déroger, pour les actes à titre gratuit, à la règle commune à tous les contrats.

De là cette conséquence que si le défendeur prouvait que la libéralité a une cause naturelle et légitime, indépendante du dol, s'il établissait, par exemple, par des précédents certains, qu'il a été l'objet d'une affection constante de sa part, les faits à l'aide desquels on entend prouver la captation se trouveraient ou infirmés, ou condamnés d'avance à ne produire aucun résultat positif. Sans doute leur existence démontrée ferait présumer le dol, mais la certitude de l'affection du disposant pour l'institué créerait la présomption contraire. On ne saurait, dès lors, se prononcer pour l'une ou pour l'autre sans s'exposer à s'écarter de la vérité. Il y aurait, tout au moins, doute sur le mobile qui a fait agir le disposant, et, dans le doute, on doit se prononcer pour le maintien de l'acte.

397. — La cour de Dijon a fait une remarquable application de ce principe dans l'espèce suivante :

« L'abbé Volfius, ancien évêque de Dijon, meurt en l'état d'un testament par lequel il lègue une maison valant 6,000 fr. à la demoiselle Edme-Rose Guedeney, sœur de Marie, sa domestique, et institue celle-ci et le sieur Silvestre pour ses héritiers universels, chacun par moitié. Ce testament avait été précédé de donations entre-vifs en faveur des mêmes individus.

« Les héritiers du sang poursuivent la nullité de ces donations et testament pour cause de captation et suggestion. Après enquête et contre-enquête, arrêt définitif qui prononce la nullité à l'encontre des deux filles Guedeney, et maintient les dispositions faites en faveur de Silvestre. Ce maintien se fonde sur le motif suivant :

« Considérant qu'il ne résulte pas de l'enquête de preuves positives que Silvestre ait concouru d'une manière active à la captation ou suggestion artificieuse employée par Marie Guedeney sur l'abbé Volfius ;

« Que si des présomptions graves résultaient contre lui : de l'époque à laquelle la donation a eu lieu à son profit ; de ce qu'elle aurait eu lieu au même instant que celle des filles Guedeney ; des circonstances qui l'ont suivie, telles que le désistement d'usufruit, la vente des objets donnés, le non-remplacement ostensible de leur valeur ; d'avoir empêché quelques-uns des témoins de parler à M. Volfius ; de la circonstance que les faits de captation ont eu lieu depuis son établissement avec l'abbé Volfius ; du fait enfin de la spoliation de la succession de la demoiselle Volfius, et de celui d'avoir dirigé les soupçons sur des personnes étrangères que l'on voulait éloigner de la maison ; cependant ces présomptions sont combattues par d'autres, notamment par celles résultant de l'affection que lui témoignait M. Volfius, des soins qu'il avait donnés à son éducation, de la nécessité où était en quelque sorte M. Volfius de lui faire des avantages pécuniaires, après l'avoir tiré de la position peu fortunée dans laquelle il était ; de l'intention manifestée par le testateur de lui laisser une partie de sa fortune ; de ce qu'enfin la portion qui lui est attribuée, qui est une moitié, peut ne pas paraître excessive dans la situation où était M. Volfius à son égard.

« Que de là il suit qu'il est plus juste et plus naturel d'accorder la préférence aux présomptions qui sont en faveur de l'existence des actes, et que dès lors il n'y a pas lieu d'accorder la

nullité demandée par rapport aux actes faits au profit de Silvestre[1]. »

Certes, les faits dont Silvestre était convaincu étaient graves et concluants. Ils auraient nécessairement amené l'annulation des libéralités qui lui avaient été faites, s'il ne s'était trouvé dans une position toute particulière vis-à-vis de leur auteur. En l'état de cette position, pouvait-on considérer ces faits comme la cause déterminante du contrat? Certes le doute était permis, et dès lors la captation manquant d'un de ses éléments essentiels, l'acte devait être maintenu. En le décidant ainsi, la cour de Dijon a sainement appliqué les véritables principes. Aussi son arrêt reçut-il la sanction de la cour de cassation.

Or, il est évident que ce qui, dans l'espèce, résultait des enquêtes, peut, dans d'autres circonstances, être établi avant ou au moment de l'interlocutoire. Ainsi, il peut dès lors être certain que l'institué a toujours été dans l'intimité du disposant; qu'indépendamment des relations les plus affectueuses, il en a reçu, avant la dernière disposition, des libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par des testaments précédents. Les preuves qui résulteraient de ces derniers seraient même d'une extrême importance si, de leur date à la mort de leur auteur, il s'était écoulé un long intervalle de temps. Celui qui a longtemps vécu en l'état de dispositions qu'il pouvait rétracter, qui ne les a changées que pour les rendre plus favorables encore, celui-là, disons-nous, a témoigné d'une continuité d'affection laissant bien peu de place à une accusation de captation.

L'invraisemblance de cette captation enlèverait donc toute pertinence aux faits interloqués. La seule preuve recevable, en présence de pareils antécédents, serait celle qui tendrait à prouver que la haine avait succédé à l'affection, et que le dol seul avait empêché la première de se manifester. Les faits cotés à l'appui, s'ils étaient graves, seraient en outre pertinents, car ils auraient pour but d'établir que le dol a été la cause unique et déterminante de la libéralité.

398. — 2° Que la volonté écrite du testateur est contraire à celle qu'il aurait exprimée, s'il eût été livré à ses propres inspirations.

La captation n'annulant les libéralités que parce qu'elle est censée substituer une volonté suggérée à celle que le testament aurait spontanément conçue et exprimée, l'existence de celle-ci est indispensable pour qu'on puisse admettre la captation. Demander à justifier cette existence, c'est donc offrir une preuve utile dans l'intérêt de celui qui l'invoque. Les faits tendant à l'établir recoivent de la nature même des choses un caractère de pertinence incontestable.

Il n'est pas naturel que, sans motifs suffisants, un homme rompe tout à coup avec les antécédents les mieux établis, abandonne subitement une intention dès longtemps conçue et déshérite ceux qu'il a jusque-là considérés et traités comme ses successeurs. La preuve de ce changement subit fait donc supposer autre chose qu'un effet de la mobilité ordinaire du cœur humain, et ce premier doute, s'il est corroboré par la preuve de manœuvres frauduleuses, imputées à celui qui profite du changement, est de nature à se convertir en certitude. C'est la cupidité qui a déterminé la conduite du testateur. Cette conduite devient un des éléments de la captation dont le but et la nécessité ainsi démontrés rendent, *a priori*, l'existence probable.

On conçoit en effet que, pour arriver à arracher de l'esprit du testateur une résolution depuis longtemps arrêtée, il ait fallu des efforts persévérants et nombreux. L'intérêt cupide qui a entrepris cette tâche aura-t-il reculé devant l'emploi du dol et de la fraude? Ne faut-il pas admettre, au contraire, qu'à la déloyauté de l'intention s'est réuni l'odieux des moyens? Ce sont là des questions dont la solution, si elle peut être douteuse, n'en appelle pas moins une exacte et sévère investigation.

L'indication d'une volonté contraire à celle du testament attaqué est donc indispensable pour la pertinence des faits articulés. La cour de Grenoble a même décidé que son absence devait faire rejeter la preuve de la captation. Elle a en effet jugé, le 16 avril 1806, que cette preuve n'est admissible que lorsque les faits articulés tendent à établir l'intention du testateur de manifester une volonté contraire à celle qui est exprimée dans le testament[2], et l'on doit convenir que l'esprit de la loi étant, comme nous l'avons fait remarquer, de croire à la réalité de la captation, par et suivant son plus ou moins de vraisemblance, justifie la détermination prise par la cour de Grenoble.

Toutefois, il faut se garder d'outrer les conséquences du devoir imposé au demandeur en nullité, pour cause de captation. Ainsi on admettra le changement de volonté alors même que rien dans la conduite du testateur n'indiquerait qu'il eût pris aucune disposition relativement à son hérédité, s'il était articulé qu'il avait l'intention

[1] Sirey, 26, 1, 10.

[2] D. A., t. V, p. 292.

de décéder *ab intestat*. On sait les répugnances que certaines personnes éprouvent à l'endroit de leur testament. On parviendrait souvent plus facilement à triompher de l'affection du testateur que de lui faire vaincre un préjugé fondé sur l'égoïsme et la crainte. La captation n'aura donc pas été moins puissante dans ce cas que dans l'autre.

Elle peut donc également se rencontrer dans tous les deux. Elle présentera dans chacun les mêmes circonstances, c'est-à-dire l'abandon d'une volontée préconçue, peu importe que cette volonté ait été ce que nous appellerons positive ou négative. Il suffit que le testateur ait réellement fait le contraire de ce qu'il voulait faire, ce qu'il aurait fait s'il eût été libre, pour que les faits tendant à le prouver soient pertinents et admissibles.

L'intention de mourir sans testament peut même résulter des antécédents de celui à qui on l'attribue. Ainsi un vieillard, parvenu à un âge avancé sans avoir pris aucune disposition, semble tout à coup possédé de la manie contraire. Il multiplie, il entasse les actes de dernière volonté, et, dans chacun d'eux, c'est la même personne qui reçoit successivement des avantages plus importants. Si cette personne est un domestique, si depuis quelque temps elle entoure le testateur, ne pourra-t-on trouver dans son intérêt, dans son désir de s'enrichir, la cause de la conduite nouvelle du testateur? Y aurait-il de la témérité à voir, dans l'ensemble de ces circonstances, la preuve d'une grande faiblesse d'un côté, et de l'autre l'abus d'une influence illégitime et frauduleuse?

Ajoutons que, dans l'appréciation de la volonté du testateur, la qualité du réclamant exercera toujours une juste, une nécessaire influence. La transmission des biens est ordinairement réglée par l'affection; celle-ci, à son tour, se mesure sur les liens de la parenté. C'est dans ces proportions que la loi a trouvé la base de ses propres dispositions.

Dès lors, on supposera plus facilement une intention contraire à celle du testament, lorsque celui qui se plaint est l'enfant ou le descendant du testateur, que lorsqu'il s'agit d'un collatéral plus ou moins éloigné. On sera donc pour ces derniers beaucoup plus exigeant qu'on ne le serait avec les premiers.

Sans doute le collatéral, comme l'enfant, étant appelé par la loi, à défaut du testament, a un titre légitime, des effets duquel il ne peut être dépouillé que par des moyens avoués par la loi et la justice. Cela est vrai, même d'une manière absolue. Aussi ne lui conteste-t-on pas la faculté d'attaquer le testament pour cause de captation. Mais l'intérêt déçu se fait facilement illusion, et l'amour-propre, blessé par l'idée de l'indifférence du testateur, a volontiers recours au prétexte de la captation. Il est évident que la justice ne saurait partager une préoccupation de ce genre. Avant donc d'annuler pour cause de captation, elle exigera la preuve de son existence. Cette preuve elle-même ne sera autorisée que si les faits rendent le reproche vraisemblable. Or, comment atteindre ce caractère, si le demandeur ne justifie ou n'offre de justifier que le testateur éprouvait pour lui une affection telle qu'il l'eût nécessairement institué son héritier si le dol et la fraude n'avaient enchaîné sa pensée, perverti sa volonté? Or, c'est là précisément ce que la loi présume en faveur des enfants ou descendants.

399. — En résumé, on ne saurait agir avec trop de circonspection lorsqu'il s'agit de statuer sur des actes de dernière volonté. La libre disposition des biens touche intimement à l'ordre public, et ce serait risquer de l'altérer que de prétendre la réglementer au moyen de témoignages le plus souvent complaisants ou corrompus. On ne doit donc recourir à la preuve testimoniale que dans le cas où, en la supposant rapportée, on arriverait nécessairement à l'infirmation des dispositions attaquées.

« Or, les faits articulés, dit Merlin, doivent, pour opérer la nullité des testaments, être d'une nature telle, qu'il en résulte que la volonté écrite du testateur est contraire à sa propre raison; qu'il n'a fait telle disposition que parce qu'il y a été entraîné par l'obsession d'autrui, par une faiblesse marquée et dont les preuves ont éclaté au dehors; que cette obsession a été l'unique cause de ses dispositions; que si elle n'avait pas eu lieu, il en aurait fait de toutes contraires; en un mot, il faut que la volonté exprimée par le testament soit entièrement opposée à celle que le testateur avait dans le cœur, et que l'une n'ait été substituée à l'autre que par l'effet du dol, de la fraude, de l'artifice [1]. »

Si la preuve doit offrir ce caractère, il n'y aura réellement de faits pertinents et graves que ceux qui réuniront les conditions que nous venons de rappeler. On doit donc rejeter, comme inadmissibles, tous ceux qui ne seraient pas dans ce cas.

400. — Si la preuve des faits interloqués est rapportée, si elle est jugée concluante, l'acte démontré être le produit du dol doit être annulé.

[1] *Rép.*, v° *Suggestion*, § 1, n° 2.

Cette nullité affecte la disposition dans son entier, car la faculté d'anéantir la libéralité ne contient pas celle de la modifier ou de la réduire. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la cour de cassation du 22 janvier 1810.

Dans l'espèce jugée par cet arrêt, la cour de Rennes, admettant que la captation avait eu pour effet d'arracher des libéralités exagérées, avait cru devoir réduire celles que renfermait le testament attaqué. Mais cette décision fut considérée comme renfermant un excès de pouvoir et censurée par la cour de cassation.

Il n'y a donc pas de milieu dans la matière qui nous occupe; la captation existe ou n'existe pas, et l'acte doit être annulé ou maintenu, selon que les reproches dont il est l'objet sont ou non justifiés.

401. — D'autre part, la cour de Grenoble a jugé, le 21 mai 1824, que l'annulation pour cause de captation ne porte pas seulement sur la disposition faite en faveur de la personne qui s'est rendue coupable de suggestion et de captation, qu'elle doit frapper le testament tout entier. Ainsi généralisée, cette proposition nous paraît peu admissible.

En effet, subordonner l'ensemble d'un testament à l'invalidité de l'une de ses dispositions, c'est établir entre les diverses parties du testament une corrélation et une indivisibilité qui répugnent à la nature de cet acte. Le testament, régulier en la forme, renferme, à proprement parler, autant de testaments qu'il y a de dispositions distinctes. Chacune de ces dispositions est indépendante de celle qui la précède ou la suit. Elle se suffit à elle-même, de telle sorte qu'existât-elle seule, elle n'en sortirait pas moins à effet, si elle est d'ailleurs l'expression d'une volonté intelligente et libre.

Qu'importe donc qu'à côté d'elle existent d'autres dispositions introduites par une volonté étrangère au testateur. Ne suffit-il pas qu'elle n'ait point participé au vice infirmant celle-ci pour qu'elle ne puisse être atteinte par l'annulation qui leur est réservée? L'effet de cette annulation sera d'ailleurs de faire considérer les dispositions qui en sont l'objet comme non écrites. Or, supposez qu'elles ne l'eussent jamais été, cela empêcherait-il celles qui le sont légalement de sortir à effet?

Cela se concevrait si la loi qui nous régit défendait encore le cumul des successions testamentaires et *ab intestat*, mais les inspirations du droit romain sur ce point ont été abandonnées. La nullité de l'institution, comme l'absence complète de toute institution, n'a plus aucune influence sur les legs valablement faits. Décider le contraire, ce serait méconnaître et violer la loi.

La solution consacrée par la cour de Grenoble, c'est-à-dire l'annulation du testament en entier, n'est possible que dans un seul cas, à savoir, lorsque toutes ses dispositions sont le produit de la captation et de la suggestion. Ce fait admis, il importe peu que les légataires aient ou non participé aux manœuvres employées, qu'ils en aient ou non connu l'existence. Le testament, même en ce qui les concerne, n'est plus l'œuvre de la volonté libre de son auteur. Il manque donc de la condition la plus essentielle à sa validité. Il ne peut, dès lors, créer aucun droit en faveur de qui que ce soit.

402. — Nous avons déjà rappelé qu'en principe le dol indirect est une cause de nullité pour les dispositions à titre purement gratuit. Ce principe, fondé sur la maxime qu'il n'est pas juste qu'on puisse s'enrichir au détriment d'un tiers, reçoit surtout une application exacte lorsqu'il s'agit d'une libéralité par acte entre-vifs ou testamentaire.

C'est ce que la cour de Dijon avait formellement consacré dans l'affaire Volflus, à l'encontre de la sœur de celle qui avait capté, la fille Guedeney. Cette disposition fut déférée à la cour de cassation. Mais le pourvoi fut rejeté, « attendu que la libéralité, étant reconnue le produit de la captation, a dû être annulée, soit que les moyens frauduleux aient été employés directement par la demanderesse, soit par l'entremise d'un tiers. »

Cette doctrine est d'autant plus irréprochable, que souvent l'institution d'un tiers étranger à la captation n'est qu'un calcul, qu'un moyen adroit de placer les libéralités arrachées par la fraude, sous l'égide d'une disposition irréprochable sous le rapport de la personne qui en est l'objet. On ne pouvait donc, sans autoriser la plus énorme injustice, laisser au dol une pareille chance de succès.

Conséquemment, que la captation ait été directe ou indirecte, il suffit que le testament en soit infecté pour qu'on se refuse à lui accorder la moindre exécution. Or, que la volonté ait été forcée dans l'intérêt de l'auteur du dol ou dans celui de toute autre personne, le résultat est le même. Il n'y a pas de disposition valable, car il n'y a ni spontanéité, ni liberté dans l'expression de cette volonté.

403. — On a longtemps agité la question de savoir si la plainte en captation était recevable contre une donation entre-vifs. La négative était fondée sur cette considération que l'in-

fluence de la captation, vraisemblable sur un testateur, cesse de l'être sur un donateur qui se dépouille lui-même. Mais cette opinion ne pouvait prévaloir. Le motif à l'appui ne peut produire d'autre effet que de rendre plus sévère dans l'appréciation du reproche; mais prétendre y trouver une fin de non-recevoir absolue contre son admission, ce serait amnistier le dol, parce qu'il a su se proposer et accomplir une tâche plus difficile et plus périlleuse.

Les héritiers du donateur pourront donc attaquer la donation et démontrer qu'elle n'est que le produit de la captation. L'action est également ouverte en faveur du donateur lui-même. Son concours à l'acte ne saurait la lui faire refuser, le dol faisant exception à tous les principes.

404. — L'empêchement de tester a toujours été considéré comme un dol donnant ouverture à une action en faveur de celui qui en a souffert. Les diverses législations qui se sont succédé ont seulement varié sur les effets qu'il devait produire.

Le droit romain voyait l'empêchement de tester dans le fait de s'être opposé à ce que l'officier public appelé par le mourant pût parvenir jusqu'à lui ou d'avoir, par des manœuvres frauduleuses, détourné les témoins requis. Cet acte était considéré comme un crime rendant l'héritier, soit direct, soit institué par un précédent testament, indigne de recueillir la succession, laquelle était dévolue au fisc [1].

En France, le principe de l'indignité avait été admis universellement. Mais, par une appréciation plus juste de ses effets, la succession passait au parent du degré le plus rapproché après l'indigne, ou aux héritiers du sang, selon qu'il s'agissait d'un héritier naturel ou testamentaire. Dans les coutumes qui admettaient une réserve en faveur de certains héritiers, l'indignité n'enlevait jamais que la portion excédant la réserve légale.

En droit romain, comme en droit français, la perte de la succession n'exonérait pas l'auteur de l'empêchement de l'obligation d'indemniser celui qui en avait été victime. La question de savoir si celui-ci pouvait revendiquer la succession ne pouvait même naître sous l'empire du premier. La dévolution de cette succession au fisc faisait assez connaître l'intention du législateur.

L'abrogation de cette disposition avait naturellement appelé l'attention des jurisconsultes sur cette question. Sa solution, au témoignage de Furgole, avait été conforme à celle qui résultait de la loi romaine. On refusait assez généralement la possession de l'hérédité à celui qui n'avait d'autre titre que la volonté non réalisée du testateur.

« Cela, dit Furgole, ne se pratique point dans les pays de droit écrit et ne paraît pas même pouvoir être observé dans les pays coutumiers, parce que l'article 1er de l'ordonnance de 1735 y fait obstacle; car ce serait faire valoir une disposition verbale, non constatée par un acte revêtu des formalités prescrites, et admettre la preuve testimoniale d'une telle disposition contre la prohibition expresse de cette ordonnance.

« Lorsqu'un testateur se propose de faire des libéralités dans un testament qu'il ne fait pas, à cause qu'il en est empêché, la volonté demeure dans les termes d'un simple projet qui ne peut opérer aucun effet, et les legs, fidéicommis, ou autres dispositions, ne sont valables qu'autant qu'ils sont faits par un testament ou un codicille revêtu de toutes les formalités de droit [2]. »

Il est donc certain qu'avant le Code civil, celui qui souffrait de l'empêchement de tester, n'avait qu'une seule action, à savoir : celle tendant à obtenir la réparation du préjudice qui lui avait été causé. Cette réparation consistait dans une allocation pécuniaire à la charge de l'auteur de l'empêchement. La succession était dans tous les cas dévolue *ab intestat* aux parents appelés par la loi.

405. — Le Code civil s'est écarté, quant aux effets de l'empêchement de tester, des inspirations des législations précédentes. L'article 727, qui énumère les causes d'indignité, est complétement muet sur l'empêchement de tester. Ce silence équivaut au rejet absolu de cette incapacité jusque-là admise.

De là cette conséquence que l'héritier, frustré de la succession que le testateur lui destinait, pourrait moins encore aujourd'hui réclamer la délivrance en nature de ce que le défunt voulait lui laisser. A l'autorité des motifs indiqués par Furgole, se réunit cette circonstance que l'empêchement de tester ne produisant plus l'indignité, les biens de la succession ne cessent pas d'appartenir à celui qui les a recueillis, fût-il même l'auteur de l'empêchement.

406. — Ce principe admis par Chardon,

[1] L. 1, § 1; l. 2 et 3, Digeste; l. 2, Cod., *si quis aliquem testari prohibuit*. L. 19, Digeste, *quæ ut indignis*. L. 3, § dernier, Digeste, *ad senat.-cons. Trebellianum*.

[2] *Des Testaments*, no 121.

lorsqu'il s'agit d'un héritier légitime, est contesté par ce jurisconsulte à l'égard de l'héritier testamentaire. L'indignité, dit-il, prononcée par le droit romain et par notre ancienne législation, reste, par rapport à ce dernier, dans toute sa force. La preuve que le testateur a été empêché de changer de volonté ferait réputer son testament révoqué, et rendre aux héritiers *ab intestat* la succession entière [1].

Cette doctrine nous paraît formellement repoussée d'abord par l'article 727 du Code civil. L'indignité est une peine puisqu'elle est une véritable exhérédation. Or, il est de principe fondamental en droit que les peines ne peuvent être prononcées que dans les cas expressément déterminés par la loi, sans qu'on puisse étendre les dispositions pénales d'un cas à un autre, même pour cause d'analogie.

Il suffirait donc du silence gardé par l'article 727 sur l'empêchement de tester pour qu'on ne pût, dans aucun cas, en faire résulter une cause d'indignité. Le système contraire tendrait à constituer les tribunaux les arbitres discrétionnaires des causes d'indignité. Or, c'est précisément pour abolir cet abus de la jurisprudence ancienne, que le Code a voulu expressément les indiquer dans l'article 727 [2].

Mais, dit Chardon, l'article 727 ne concerne que les héritiers légitimes et non ceux qui ne reçoivent cette qualité que de la volonté de l'homme. Certes Chardon n'a pas envisagé les conséquences réelles de la distinction qu'il admet. Elles seraient en effet telles qu'elles conduiraient au résultat le plus monstrueux.

Les articles 906 et suivants règlent bien la capacité requise pour recevoir par testament, mais ce chapitre ne contient aucune disposition sur l'indignité. Dès lors, puisque l'indignité est une peine, puisque les peines ne peuvent être appliquées que dans les cas expressément prévus, il est certain, si l'article 727 ne s'applique qu'aux héritiers légitimes, que l'héritier testamentaire n'encourra jamais l'indignité, eût-il volontairement donné la mort au testateur.

La morale et la justice protestent hautement contre un pareil résultat, et c'est sur son énormité même qu'on s'est appuyé pour enseigner l'application de l'article 727 à l'héritier testamentaire.

Car cette application a été contestée, mais dans le sens contraire à celui indiqué par Chardon. Ainsi l'on a soutenu que l'héritier testamentaire ne peut, dans aucun cas, encourir l'indignité.

Le contraire, dit Merlin, était incontestable en droit romain, aujourd'hui la question souffrirait quelques difficultés. Cependant la morale et l'identité de raisons semblent nécessiter l'extension de l'article 727, qui ne parle que des héritiers légitimes, aux légataires et aux héritiers institués [3].

Or, s'il est même douteux que l'héritier testamentaire soit frappé d'indignité dans les cas prévus par l'article 727, comment serait-il possible de les déclarer tels, lorsque l'héritier légitime ne pourrait l'être ?

L'opinion de Chardon méconnaît en outre la disposition de l'article 1035 du Code civil, aux termes de laquelle les testaments ne peuvent être révoqués que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaire, portant déclaration de changement de volonté.

Ainsi l'écriture est de l'essence de la révocation des testaments. En trouvant cette révocation dans l'empêchement de tester, Chardon ne tient aucun compte de cette condition exigée par le législateur. Que le testateur ait eu la pensée de révoquer ses précédentes dispositions, c'est ce qui peut facilement s'induire du désir qu'il a manifesté de faire un nouveau testament. Mais nous dirons avec Furgole que tant que ce désir n'a pas été réalisé, parce que le testateur en a été empêché, la volonté n'a été et n'a pu être qu'un simple projet qui ne peut opérer aucun effet, par cela seul qu'on ne saurait admettre légalement l'existence d'une révocation verbale, en présence du texte formel de la loi.

407. — L'absence de révocation valable laisse donc la succession aux mains de l'héritier testamentaire, comme le défaut de testament la fait déférer aux héritiers du sang. La seule action, compétant à celui qui souffre de l'empêchement de tester, est celle en dommages-intérêts contre l'auteur de l'empêchement; cette action est fondée sur le principe général de l'article 1382 du Code civil.

408. — Toutefois, cette action n'est recevable que si les moyens employés pour empêcher le testament constituent un dol, c'est-à-dire s'ils présentent un ensemble de manœuvres et de machinations frauduleuses, ayant eu pour résultat d'égarer la volonté de celui qui en a été l'objet. Ce caractère seul peut entraîner l'admissibilité de la preuve testimoniale et conséquem-

[1] *Du Dol*, t. I, n° 179, p. 338.
[2] *Exposé des motifs* par Treilhard.
[3] *Rép.*, v° *Indignité*, n° 2.

ment le succès de la demande en réparation.

De là, l'obligation pour le poursuivant d'articuler les faits dont il veut faire résulter l'empêchement de tester qu'il allègue. De là en outre, pour les tribunaux, l'indication du mode à suivre pour apprécier sa gravité et la pertinence des faits cotés.

En effet, pour l'empêchement de tester, comme pour la captation elle-même, ce n'est pas tant le fait matériel que les moyens à l'aide desquels il se produit, que la loi a voulu punir. Ainsi, empêcher quelqu'un de tester, en lui prodiguant des soins, des caresses, des prières, conjurer l'intention certaine de révoquer un précédent testament, en regagnant l'affection du testateur par des prévenances empressées, c'est commettre un acte *qui n'aura pas toute la pureté d'intention, et ne sera pas louable à cause du motif d'intérêt sordide qui en est le mobile*. Mais il suffit que le testateur s'en soit rendu complice, en ajoutant foi aux unes et aux autres, pour qu'on ne puisse y voir un dol reprochable.

C'est ce que le droit romain avait admis, c'est ce que notre ancienne législation avait consacré, c'est enfin ce que la cour de cassation a expressément enseigné sous l'empire du Code.

La cour de Turin avait jugé qu'il y avait empêchement dolosif de tester, par cela seul qu'un héritier présomptif dit à un mourant qui se dispose à faire un testament que cela est inutile, et qu'il s'engage à remplir ses dernières volontés comme si elles étaient écrites dans la forme légale. Le pourvoi formé dans l'intérêt des parties dut être déclaré non recevable, mais la cour, sur le réquisitoire de Merlin, prononça la cassation de l'arrêt, dans l'intérêt de la loi [1].

Personne, en effet, n'est présumé ignorer la loi. Conséquemment celui qui, s'en référant à la parole de son héritier, a négligé de donner à ses volontés la forme que la loi exige, doit être considéré comme n'ayant voulu faire qu'un testament verbal dont l'exécution était subordonnée à la volonté de cet héritier. Le refus que celui-ci fait plus tard, en violation de ses promesses, constitue un acte de déloyauté et d'indélicatesse, mais il est impossible d'y voir un dol caractérisé.

De là il résulte que si les faits articulés ne tendaient à établir qu'un acte de cette nature, la preuve devrait en être refusée, parce qu'elle ne serait pas concluante. Mais si l'on demandait à prouver que le défunt a été violemment empêché de faire un testament olographe, si l'on soutenait que le notaire ou les témoins ont été sciemment écartés ou détournés, si l'on articulait enfin que l'on a faussement persuadé au défunt que celui qu'il voulait instituer était mort, les faits seraient pertinents et graves, car ils constitueraient en réalité des artifices, des manœuvres frauduleuses caractérisant le dol et donnant naissance à l'obligation de réparer le préjudice souffert.

409. — Cette obligation n'incombe jamais qu'à l'auteur du dol et à ses complices. La question de savoir si l'acte d'un légataire pouvait ou non nuire à ses colégataires ne peut même s'offrir. L'article 1382 tranche toute difficulté, et, sous son empire, le principe *fratris factum fratri non nocet*, est surtout vrai. Conséquemment tous ceux qui sont demeurés étrangers au dol sont forcément placés en dehors de toute atteinte.

L'étendue de la réparation due à celui qui prouve l'empêchement de tester à son préjudice se mesure sur les intentions manifestées par le défunt. L'allocation pécuniaire doit égaler l'avantage qu'il aurait recueilli dans la succession. Elle doit donc être d'une valeur égale à celle-ci, si l'institution projetée était une institution universelle.

Il faut cependant remarquer que si le défunt laisse des héritiers à réserve, les dommages-intérêts devraient être réglés sur la quotité disponible seulement. C'est en effet cette quotité seule dont le testateur pouvait disposer qui serait obvenue au légataire.

410. — L'action en dommages-intérêts appartient à celui qui a souffert de l'empêchement. Elle appartient en outre aux héritiers légitimes, lorsque le testateur a été empêché de révoquer un testament précédent. Il y a même, dans ces deux cas, cette différence très-facile à comprendre que celui qui prétend avoir été victime d'un dol de la nature de celui qui nous occupe doit d'abord prouver que le défunt voulait l'instituer son héritier. Les héritiers du sang, au contraire, qui arguent de la révocation d'un précédent testament, n'ont à justifier que l'empêchement apporté à ce que cette révocation s'accomplît. En effet, leur titre à l'hérédité est écrit dans la loi qui la leur défère à défaut de testament. Ils ont donc qualité pour prouver que le testament qui les dépouille n'a été maintenu que par dol, et que l'on doit les indemniser du préjudice que ce dol leur a occasionné.

411. — L'ouverture d'une succession peut voir s'accomplir un fait plus grave encore que ceux dont nous venons de nous occuper. Ce fait

[1] 18 janvier 1813.

que le droit romain, que notre ancienne législation réprimait comme un crime, que le Code pénal actuel punit comme un délit, c'est la suppression d'un testament.

La pensée qui préside à cet acte est tellement caractérisée par l'acte lui-même, par les conséquences qu'il doit entraîner, qu'il eût été absurde d'exiger, pour y reconnaître un dol punissable, l'existence de manœuvres quelconques. De quelque manière qu'il se réalise, le fait matériel indique et prouve une intention essentiellement frauduleuse, de même qu'il produit nécessairement un grave préjudice. Il est donc sans justification comme sans excuse, alors surtout que son auteur est appelé à en recueillir personnellement le bénéfice.

412. — Le fait est donc éminemment dolosif, et ce caractère incontestable entraîne forcément la recevabilité de la preuve testimoniale. Mais son admissibilité est nécessairement subordonnée aux faits qu'on prétend établir. Ces faits doivent être extrêmement pertinents et graves, car il importe de ne pas encourager ces accusations de fraude qu'un vaniteux amour-propre inspire, et dans lesquelles on aime à voir l'explication de la blessure que l'intérêt éprouve. C'est à la prudente circonspection des tribunaux à concilier les droits de tous.

413. — En général, la preuve de l'existence d'un testament, perdu par un événement fortuit ou de force majeure, n'est pas suffisante pour en faire ordonner l'exécution. Ce n'est pas tout, en effet, que d'avoir un testament, il faut en outre que ce testament soit régulier et légal. Conséquemment celui qui prétend à une succession doit justifier que le titre, qui la lui conférait, a été revêtu de toutes les formalités exigées. La faculté de prouver par témoins l'existence et la perte du testament ne peut faire présumer l'accomplissement de ces formalités, elle ne produit pas d'autre effet que de permettre de l'établir par la preuve testimoniale.

Mais cette doctrine souverainement juste, lorsque la perte du testament est le résultat du hasard ou de la force majeure, serait inique lorsque la perte est imputable au fait personnel de la partie qui excipe du défaut de formes. La preuve du contraire est souvent très-difficile; à quel titre admettrait-on à profiter d'un tel état de chose celui qui seul l'a déterminé?

414. — Aussi la cour de cassation a-t-elle décidé que lorsque l'existence d'un testament est prouvée, et qu'il est établi qu'il a été lacéré et brûlé par le propre fait des parties intéressées à son anéantissement, celles-ci ne sont pas recevables à exiger la preuve de la légalité des formes du testament détruit; il y a dans ce cas présomption de droit que ce testament était revêtu de toutes les formes nécessaires à sa validité [1].

Cette présomption se justifie non-seulement par le principe que le dol ne peut se créer un titre à lui-même, mais encore par les plus simples notions de la raison et du bon sens. Le testament manquant d'une seule des formalités prescrites est radicalement nul, son infirmation est donc certaine. Comprendrait-on dès lors que celui qui pouvait obtenir cette infirmation par les voies légales ait préféré recourir à un acte sévèrement qualifié par la loi?

On n'anéantit pas un acte ne renfermant qu'une menace vaine, on ne supprime pas un testament pour le seul plaisir de le faire disparaître. Conséquemment, en voyant dans cette suppression l'aveu le plus explicite de la légalité du testament, on ne fait qu'une appréciation rationnelle et logique d'un acte que la supposition contraire rend inexplicable.

Ce qu'on décide dans le cas où le testament a été lacéré et détruit doit être consacré si, dans le cas de suppression, le testament existait encore dans les mains de celui qui s'en est rendu coupable. A une identité parfaite de raison se joint la présomption tirée de la détention de la pièce, dont la production lèverait tous les doutes sur l'invalidité prétendue pour défaut de formes. Le refus, l'absence de cette production ne sauraient être attribués qu'à la certitude du mal fondé du reproche. Il est permis, en effet, de croire qu'on ne continue à celer le testament que parce qu'il n'est que trop régulier. Il serait d'ailleurs dérisoire d'admettre un individu à exiger la preuve d'un fait sur lequel il est lui-même parfaitement en mesure d'édifier la religion des magistrats.

415. — Ainsi et par exception au principe général, l'accomplissement des formalités requises pour la validité des testaments est présumé lorsque le testament a été soustrait ou détruit. Mais cette exception ne concerne que l'auteur de la soustraction.

Remarquons, en effet, que la cour de cassation n'admet la présomption qu'elle consacre que dans le cas où *la suppression du testament est le propre fait des parties intéressées à son anéantissement*, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un dol direct. Les conséquences de cette restriction sont évidemment que la partie qui profiterait de la suppression sans y avoir participé,

[1] Cass., 1er septembre 1815.

sans l'avoir connue ou autorisée, serait recevable à exiger la preuve de la légalité des formes du testament. De lui au réclamant, il ne peut y avoir qu'un fait de force majeure, qu'il n'a été donné ni à l'un ni à l'autre de prévenir ou d'empêcher. Il y aurait donc lieu de revenir à ce qui se pratique dans cette hypothèse.

416. — Mais par application des règles du dol indirect, l'héritier dépouillé conserverait un recours utile contre l'auteur de la suppression, et, s'il ne pouvait obtenir la possession de l'hérédité, il conserverait le droit de se faire indemniser du préjudice qu'il éprouverait.

Il n'y a dans cette décision nulle contradiction avec la maxime que nous avons rappelée, à savoir que personne ne doit s'enrichir par le résultat du dol d'autrui. En effet, si le tiers doit perdre ce qu'il a acquis à titre gratuit par le résultat du dol, cela ne peut se réaliser que si le réclamant a un titre régulier. Il doit donc justifier de cette régularité lorsque ce titre a été perdu, et cette justification faite, et alors seulement, la maxime devient applicable et doit être appliquée.

417. — La suppression de testaments a pour effet de les faire considérer comme existants. Conséquemment celui qui prouve avoir été l'objet d'une libéralité quelconque de la part du testateur doit être réellement mis en possession de ce qui lui était assigné. Cette différence entre la suppression d'un testament et l'empêchement de tester s'explique par cette circonstance qu'on ne peut, pour celle-ci, dire que la volonté du testateur soit demeurée à l'état de simple projet. Ce projet a reçu sa pleine et entière exécution. Il ne peut dès lors dépendre de qui que ce soit d'en rendre l'effet impossible. La loi testamentaire existe, elle est régulière, et dès lors obligatoire pour tous.

Dès lors celui qui, à la faveur de la suppression du testament, s'est emparé de la succession, doit être condamné à la restituer à l'héritier institué qui prouve la suppression de son institution; aux héritiers du sang, si le testament supprimé révoquait un précédent testament; ceux-ci n'auront à prouver que le fait de la révocation, car il suffit que le testament qui les dépouillait ait été légalement anéanti, pour qu'ils recueillent la succession que leur qualité leur donne le droit d'appréhender.

A notre avis, la preuve de la nature révocatoire doit résulter, contre l'auteur du dol, de la suppression du testament. Nous le disions tout à l'heure, un acte pareil ne s'accomplit qu'en vue d'un intérêt pressant. Or, quel intérêt peut avoir le légataire institué par un testament à supprimer un testament ultérieur, si celui-ci n'était pas destiné à annuler le premier?

Sans doute, il peut se faire qu'il ne s'agisse dans ce second testament que de la réduction plus ou moins considérable des avantages déjà conférés; mais, dans cette hypothèse même, la perte entière de ces avantages n'est que le juste châtiment d'une action coupable. Celui qui a voulu frauduleusement frustrer les tiers de legs qui leur étaient légitimement acquis, ne saurait raisonnablement se plaindre si, la fraude se tournant contre lui-même, il en devient la première victime. Serait-il recevable à trouver mauvais, pour ce qui le concerne, ce qu'il trouvait excellent pour les autres?

La morale, l'équité et la justice recommandent la solution que nous adoptons et dont la consécration ne saurait avoir d'autre résultat que d'inspirer le respect des droits de tous et la mise en pratique de cette vérité éternelle : que nul ne doit faire à autrui ce qu'il ne voudrait qu'on lui fît à lui-même.

Par rapport aux légataires restés étrangers à la suppression du second testament, ils ne peuvent souffrir du fait de leur colégataire. Ainsi, tandis que celui-ci sera privé de son legs présumé révoqué, eux devront recueillir le bénéfice du testament en ce qui les concerne, à moins qu'on ne prouve contre eux et la révocation et la légalité de l'acte qui la renferme.

418. — Les tiers, auxquels le testament supprimé conférait des droits sur les biens du défunt, peuvent les faire valoir soit contre l'auteur de la suppression du testament, soit contre les héritiers légitimes qui lui auraient été substitués. Leur exercice serait poursuivi dans la mesure que nous avons établie, indépendamment de l'action en réparation du préjudice qu'ils souffrent, contre celui à qui la suppression est imputable et qui en serait convaincu.

SECTION IV.

DOL DANS LES JUGEMENTS.

SOMMAIRE.

419. — Caractère de l'autorité attachée à la chose jugée.
420. — Conséquences quant à l'erreur commise en jugement.
421. — Le dol crée une exception aux principes sur la chose jugée. — Conséquences.

419. — L'immutabilité des jugements a toujours été considérée comme une nécessité sociale. De là le respect qui s'attache à la chose

jugée, qui en fait prohiber la révision, alors même qu'il est permis de croire à une erreur matérielle du juge.

Aux yeux de la loi, le jugement définitif est la déclaration de ce qui est juste et vrai sur les points contestés. Elle l'impose donc aux parties comme la loi unique qu'elles doivent suivre sans pouvoir en empêcher ou en suspendre l'exécution.

Cet effet se produit non pas seulement parce que le juge qui a prononcé est l'organe de l'autorité publique, mais encore et essentiellement en force de la convention présumée existant entre les parties. Lorsque celles-ci comparaissent devant le juge, ce ne peut être que dans l'intention d'obtenir de lui la justice qui leur est due; elles sont donc censées, par ce seul fait, s'engager d'avance à exécuter l'acte judiciaire par lequel il fixera les droits et les obligations de l'une envers l'autre. D'où Poncet conclut, avec raison, que la source première d'où découle l'action résultant du jugement, se trouve dans l'engagement que les parties ont contracté, non par une convention expresse, mais par la convention présumée naissant de leur comparution en justice, c'est-à-dire dans le quasi-contrat de comparution [1].

Mais cette convention doit se renfermer dans des limites naturelles et justes. Aussi, à la différence des quasi-contrats ordinaires qui produisent leurs effets légaux sans condition, et d'une manière absolue, le quasi-contrat de comparution n'opère son effet contre les parties, qu'à la condition de se pourvoir s'il y échet, et ainsi que de droit, contre le jugement qui interviendra. Les tribunaux ne sont pas infaillibles, et les parties, en s'engageant à recevoir comme règle la décision du juge, n'ont évidemment entendu se soumettre qu'à une règle de justice.

420. — Cela posé, l'on doit conclure que le principe de l'immutabilité des jugements n'est équitable, en cas d'erreur, que lorsque l'erreur provient uniquement de l'incertitude et de la faiblesse de l'appréciation humaine. Le juge a rempli tous ses devoirs envers la société, envers les parties elles-mêmes lorsque, interprétant le fait ou le droit, il a prononcé dans le sens que sa conscience lui a indiqué comme le plus probable. La pureté de ses intentions, l'indépendance de son caractère sont les seules garanties que la loi pouvait promettre aux justiciables.

Mais si l'erreur a été inspirée par des manœuvres coupables, si la ruse et le mensonge l'ont rendue inévitable, sous quel prétexte invoquerait-on encore le principe de l'immutabilité des jugements? Des jugements! il n'en existe aucun, car, même en se plaçant au point de vue du magistrat dont elle émane, la décision n'est plus la déclaration de ce qui est juste et vrai, elle est le produit d'une surprise d'autant plus odieuse qu'elle s'est réalisée dans le sanctuaire de la justice dont elle outrage la dignité, en même temps qu'elle foule aux pieds la convention présumée des parties.

La morale et l'équité ne pouvaient tolérer qu'une pareille atteinte aux droits les plus sacrés demeurât impunie. Le dol qui annule les contrats exprès devait agir dans le même sens sur le quasi-contrat judiciaire. Dès lors son existence a été considérée comme altérant le jugement dans son essence et autorisant par suite sa rétractation.

421. — Le dol crée donc une exception à la règle de l'immutabilité des jugements, mais ses conséquences ne sont pas toujours les mêmes. Elles varient, par rapport au jugement, selon que le dol est imputable à la partie ou qu'il provient du fait du juge. Le premier autorise la requête civile, le second la prise à partie. Nous allons rechercher les caractères et les effets de ces deux modes de recours.

§ Ier.

De la requête civile.

SOMMAIRE.

422. — Définition de la requête civile.
423. — Premier cas d'application à notre matière. — Dol personnel. — Ce qui le constitue.
424. — Tort de la doctrine exigeant que l'affirmation mensongère soit accompagnée de manœuvres.
425. — Doctrine contraire du droit romain.
426. — Admise par notre ancienne jurisprudence.
427. — Le Code de procédure n'a point dérogé à ces principes.
428. — Opinion des auteurs qui ont écrit sur la procédure.
429. — Jurisprudence.
430. — Conditions à la recevabilité de la requête civile dans ce cas. — Fausseté de l'allégation acquise.
431. — Le dol doit être le fait personnel de l'auteur de l'allégation.
432. — Le dol doit avoir influé sur la décision.
433. — Dissentiment avec Chauveau.
434. — Faits pouvant caractériser le dol personnel.
435. — Subornation des témoins. — Mode de preuves. — Effets.
436. — Corruption des experts. — Son caractère. — Ses effets.
437. — Faux serment.
438. — Différence dans les effets, selon qu'il s'agit d'un serment déféré ou référé par la partie, ou d'un serment ordonné d'office par le juge.

[1] *Des Jugements*, t. I, no 9.

439. — Deuxième cas d'application. — S'il a été jugé sur pièces depuis reconnues ou déclarées fausses.
440. — Applicabilité à l'usage de pièces fausses fait de bonne foi.
441. — Difficulté réelle du litige fondé sur cette disposition. — Existence préalable du faux. — N'était pas exigée dans notre ancien droit.
442. — Doctrine contraire admise par le Code de procédure.
443. — La reconnaissance dont parle l'article ne peut s'entendre que de l'aveu de la partie.
444. — Résumé. — Opinion arbitraire de Pigeau.
445. — Troisième cas d'application. — Découverte, après le jugement, de pièces décisives. — Conditions exigées.
446. — La rétention faite de bonne foi autorise-t-elle la requête civile?
447. — Effet de la requête civile quant à l'exécution du jugement.

422. — La requête civile est une voie extraordinaire pour attaquer les jugements ou arrêts ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Elle est autorisée dans les cas expressément prévus par l'article 480 du Code de procédure civile.

Les seuls cas qui se rapportent à notre matière sont ceux indiqués par les numéros 1, 9 et 10. C'est à leur examen que nous devons nous borner.

La voie de la requête civile est ouverte : 1° s'il y a eu dol personnel ; 2° s'il a été jugé sur pièces reconnues ou déclarées fausses après le jugement ; 3° si depuis le jugement il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait de la partie.

423. — 1° Dol personnel. Le mot dol s'applique à toutes les fraudes et surprises mises en usage pour tromper. En matière ordinaire, la simple attestation d'un fait faux ne serait point considérée comme caractérisant suffisamment le dol. Doit-on le décider ainsi pour les jugements susceptibles d'être attaqués par la requête civile?

L'affirmative a été enseignée, et cette opinion a puisé son principal argument dans le numéro 10 de l'article 480. Dans l'espèce qui y est prévue, a-t-on dit, la loi ne s'est pas contentée de l'allégation d'un fait faux, elle a exigé de plus la dissimulation des pièces qui pouvaient faire découvrir le faux. Cette disposition doit dès lors fixer le sens du principe général posé par le numéro 1er dont elle est le développement. Il n'y aura donc réellement dol personnel que lorsque l'attestation fausse aura été précédée, accompagnée ou suivie de manœuvres tendant à en persuader la véracité, et à empêcher la découverte de son véritable caractère.

Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la cour de Besançon, du 10 décembre 1810. Cet arrêt se fonde précisément sur les termes du numéro 10 de l'article 480, pour en induire que la législation, en exigeant dans cette disposition la simultanéité d'une allégation mensongère et d'un acte imputable à la partie, n'a pas voulu, dans le paragraphe 1er du même article, que cette même allégation constituât seule une ouverture à la requête civile. Il décide en conséquence que le dol personnel n'existe qu'autant qu'il y a eu fausse attestation accompagnée de manœuvres frauduleuses ayant placé la partie adverse dans l'impossibilité d'éclairer le juge sur le point contesté [1].

424. — Cette doctrine a, à notre avis, le tort de placer sur une même ligne les jugements et les contrats ordinaires, sans tenir compte de la différence de la position des parties dans chacun de ces actes.

Sans doute la simple allégation d'un fait faux ne constitue pas pour les contrats ordinaires un dol punissable. Il faut en outre que, par des moyens préparés et combinés à l'appui de cette allégation, la partie lésée ait été placée dans l'impossibilité de découvrir la vérité qu'elle avait tant d'intérêt à connaître.

Mais cela tient surtout à cette circonstance que la partie qui va contracter est toujours en position de se livrer aux recherches qu'exige cette découverte, recherches dont la loi lui fait un devoir, précisément parce qu'il lui est loisible de renvoyer l'acceptation du contrat jusqu'au moment où, les ayant accomplies, elle sera en mesure de traiter avec connaissance de cause.

En est-il de même pour les jugements? Évidemment non, car celui qui veut surprendre une décision ne livrera pas d'avance les moyens à l'aide desquels cette surprise doit s'effectuer. C'est donc pendant la plaidoirie et en l'absence des parties que ces moyens se produiront, conséquemment dans un moment très-rapproché du jugement, ou du moins assez voisin de celui-ci pour que des recherches quelconques soient impossibles.

Demandera-t-on le renvoi pour avoir le temps de s'y livrer? On répondra que l'intérêt de la prompte expédition de la justice s'y oppose ; et, toute considération de statistique à part, on doit reconnaître que ce motif aurait dans l'espèce une gravité réelle. En effet, si, toutes les fois qu'une attestation est produite par l'une des parties, l'autre pouvait, sous prétexte de mensonge, obtenir le renvoi de l'affaire afin de se

[1] *Journal du Palais.*

procurer la preuve de ce mensonge, le cours de la justice se trouverait singulièrement entravé par l'abus que la mauvaise foi ne manquerait pas de faire de cette faculté.

La partie n'est donc pas libre de se livrer aux recherches que la découverte de la vérité exigerait; les juges eux-mêmes n'ont aucun moyen d'éclairer leur religion, en dehors des éléments existant au procès. Dès lors il serait inique de punir les parties d'un tort qu'elles n'ont pu avoir, car elles ne font que subir la position que la loi leur impose; il serait immoral de récompenser la mauvaise foi et la fraude de l'audace qu'elles ont mise à braver la justice elle-même.

L'assimilation entre les jugements et les contrats ordinaires manque donc de justesse et d'exactitude. La différence de position que nous venons de relever doit en créer une dans le mode d'appréciation des caractères constitutifs du dol pour ce qui les concerne respectivement.

Ajoutons que la confiance forcée que les juges sont obligés d'avoir dans les allégations qui se produisent à leur barre aggrave singulièrement les torts de celui qui emploie le mensonge et la ruse. Ce qui ne serait qu'un acte d'indélicatesse blâmable dans un contrat ordinaire devient, en matière de jugement, un dol punissable.

425. — C'est ce que les législateurs anciens avaient parfaitement compris. Nous avons vu quels étaient en droit romain les caractères du dol annulant les contrats. Or, pour ce qui concernait les jugements, on obéissait à d'autres principes. La fausse allégation dans l'intention de tromper suffisait pour qu'elle pût faire rétracter le jugement : *Si per dolum sciens falso aliquid allegavit, et hoc modo consecutum eum, sententia prætoris liquido fuerit adprobatum, existimo, notat Marcellus, judicem debere querelam rei admittere* [1].

Un des plus habiles commentateurs du Digeste développait ainsi cette pensée : *Ubi falsitas probata fuerit quæ, lite pendente, neque adversario, neque judici innotuerat, sic uti religio judicis per hujus modi falsitatem circumventa fuerit, petita ad id per modum querelæ vel accusationis restitutione ad integrum, ut sententia per restitutionem enervata, perdat deinceps omnem rei judicatæ auctoritatem, ac causa ex integro examinetur perinde ac si judicatam non esset* [2].

On n'exigeait donc aucune manœuvre autre que la fausseté de l'allégation par laquelle la religion du juge avait été surprise; et la découverte de cette fausseté opérait tous les effets du dol, puisqu'elle déterminait la rétractation de la sentence.

426. — Au témoignage de Jousse, cette doctrine avait été consacrée par l'ordonnance de 1667. Le dol personnel, mis au nombre des causes autorisant la requête civile, était donc constitué par la fausse attestation, isolément de toute autre manœuvre, et cela, dit Rodier, parce que la raison naturelle ne permet pas que l'on tire avantage de son dol.

Remarquons qu'à côté du dol personnel, l'ordonnance plaçait la rétention de pièces décisives comme autorisant la requête civile. Jamais cependant les commentateurs de cette ordonnance n'ont vu dans cette disposition une restriction à celle relative au dol personnel. Celui-ci était considéré comme un moyen très-étendu et fournissant de bien nombreuses occasions de se pourvoir contre les arrêts. Il n'est pas possible, dit Rodier, de désigner en détail les cas où l'on peut se servir de ce moyen, parce que le dol peut se commettre d'une infinité de manières. Cela dépend du fait et des circonstances du procédé qui contiennent le dol et la surprise pratiquée [3].

427. — Notre Code de procédure a-t-il dérogé à cette doctrine? L'exposé des motifs de l'article que nous examinons répond péremptoirement à cette question. « Il restera positivement établi, disait l'orateur du gouvernement, qu'un jugement surpris à la justice par des attestations fausses et mensongères est considéré comme le produit de ce dol qui met toute décision judiciaire en opposition avec ce qui est juste et vrai, et, par conséquent, autorise contre elle la requête civile. »

Ainsi, l'allégation fausse et mensongère est assimilée au dol, elle en produit les effets. Notre droit s'est donc conformé aux législations qui l'ont précédé. Il était même impossible qu'il en fût autrement. Les temps peuvent changer, mais la morale ne change pas. Elle est immuable comme les principes d'équité et de justice qui en sont la base. Or, pourrait-on concevoir quelque chose de plus antipathique à ses inspirations que l'impunité assurée à celui qui, se jouant de la justice elle-même, l'a détournée de ses voies en surprenant, par le plus audacieux mensonge, une décision favorable à ses intérêts?

Il n'est donc pas possible d'admettre que le

[1] Loi 75, Dig., *de judiciis*.

[2] Voet, *sur le Digeste*, liv. XLII, t. I, § 28.

[3] *Questions sur l'ordonnance. Vid.* Pothier, *Traité de la procédure*, chap. III, sect. III, § 2.

mensonge ne suffit pas, que le dol personnel exige en outre l'existence de manœuvres quelconques. Le paragraphe 10 de l'article 480 n'est donc pas l'explication du paragraphe 1er. Il ne fait que prévoir un cas spécial, dans lequel, dit Pigeau, le dol ne sera suffisamment caractérisé qu'autant que les circonstances prévues se trouveront réunies, ce qui n'empêche pas que la partie qui s'est rendue coupable d'un véritable dol, par d'autres moyens qu'en retenant les pièces, ne puisse être toujours attaquée en vertu du numéro 1er de l'article 480.

428. — C'est par ces considérations que les auteurs sont à peu près unanimes pour critiquer l'arrêt de la cour de Besançon. C'est ce que font notamment Dalloz jeune, Favard, Thomine, Boitard, Carré, Adolphe Chauveau.

« Sans doute, dit ce dernier, il appartient au juge de déclarer si dans telle espèce le dol existe, s'il résulte suffisamment des faits imputés à la partie qu'on prétend s'en être rendue coupable. Pour cette appréciation la loi s'en rapporte uniquement à sa conscience. Ainsi que la cour de Besançon eût déclaré, d'après les circonstances de la cause, que la dénégation du fait, depuis reconnu vrai, ne constituait pas, de la part de l'auteur de cette dénégation, un dol personnel, rien de mieux, elle en avait évidemment le droit; mais s'autoriser du paragraphe 10 de l'article 480 pour dire que la simple allégation d'un fait, depuis prouvé faux, ne peut jamais constituer un dol, si elle n'est accompagnée de manœuvres ayant réduit la partie adverse et le juge à l'impossibilité de discerner la vérité, c'est resserrer dans des limites trop étroites l'application du paragraphe 1er, c'est imposer arbitrairement des conditions qu'il n'a point prescrites. »

429. — Cette interprétation de l'article 480 a prévalu, et devait effectivement prévaloir en jurisprudence. Ainsi il a été jugé :

1° Que la requête civile peut être prise contre un jugement basé sur un fait que la partie savait être faux, mais que les juges ont cru vrai parce qu'il était affirmé par le défenseur de la partie [1];

2° Que la simple dissimulation d'une pièce décisive, par une partie, peut prendre le caractère d'un dol personnel et donner lieu à requête civile; qu'ainsi lorsqu'une partie a attaqué un jugement par la voie de cassation, qu'il y a eu rejet par la section des requêtes, que la même partie a attaqué ensuite le même jugement par voie d'opposition ou de tierce opposition, sans révéler l'existence de l'arrêt de rejet inconnu à l'adversaire, arrêt qui cependant eût été une pièce décisive contre l'une et l'autre espèce de recours, il y a ouverture à requête civile contre le jugement qui admet soit l'opposition, soit la tierce opposition [2];

3° Qu'il y a dol personnel de l'une des parties, et par suite ouverture à requête civile, lorsqu'il résulte, des pièces découvertes après le jugement que le défendeur à la requête civile n'avait obtenu gain de cause qu'au moyen de la dénégation mensongère de faits allégués par son adversaire [3].

Tenons donc pour certain que le paragraphe 10 de l'article 480 n'est ni une dérogation, ni une restriction au paragraphe 1er; qu'en conséquence le dol personnel peut, indépendamment de toutes manœuvres, résulter de l'attestation mensongère sur laquelle le jugement s'est fondé; que la preuve du mensonge donne dès lors ouverture à la requête civile.

430. — Mais l'exercice de ce recours n'est recevable que dans les circonstances suivantes :

1° La preuve de la fausseté de l'attestation doit être acquise.

Le législateur, en autorisant la requête civile, n'a nullement entendu fournir l'occasion d'ébranler ou d'altérer la foi due aux arrêts par des attaques se réduisant à offrir la preuve du dol allégué. Le Code, disait l'orateur du gouvernement, a maintenu les précautions prises par les anciennes lois, pour que, sous le titre de requête civile, l'on ne présentât pas des moyens non recevables ou que l'on mettrait en avant sans être en état d'en faire la preuve.

Ainsi le recours en requête civile suppose *à priori* l'existence certaine et démontrée du fait dont on veut faire résulter le dol. La loi le veut tellement ainsi, que l'article 488 ne fait courir les délais de trois mois pendant lequel la demande doit être intentée que du jour de la découverte du dol et exige que la preuve de cette découverte soit constatée par écrit et non autrement. Ce qui indique forcément la préexistence de la reconnaissance du dol sur toutes les démarches judiciaires que ce dol est dans le cas de motiver.

Il faut donc, pour que la requête civile soit admissible, qu'au moment où elle est formulée, on ait acquis la preuve du fait qui lui sert de fondement; que ce fait constitue un dol. La demande qui se bornerait à alléguer le dol et à

[1] Bruxelles, 23 juillet 1810, *Journal du Palais*.
[2] Cass., 19 février 1823, *Journal du Palais*.
[3] Colmar, 18 mai 1820; Nîmes, 24 décembre 1839, *Journal du Palais*, t. I, 1840, p. 460.

en offrir la preuve serait non recevable et incapable de produire aucun effet [1].

431. — 2° L'acte qualifié dol doit être personnellement imputable à la partie qui a obtenu le jugement attaqué. C'est ce qu'indique formellement l'article 480, qui n'autorise la requête civile que dans l'hypothèse d'un dol personnel. Conséquemment, le mensonge et la ruse qu'un tiers se serait permis, sans connivence, sans complicité de la partie, resteraient sans effet sur le jugement et ne pourraient motiver la requête civile.

Mais on ne doit pas ranger dans la catégorie des tiers l'avocat ou l'avoué de la partie. Choisis par elle, l'un et l'autre sont, dans l'exercice de leur mission, ses véritables mandataires chargés de la représenter. A ce titre, ce qu'ils font est censé fait par la partie elle-même.

Or, en principe, le dol du mandataire ne saurait nuire, ni moins encore profiter au mandant [2]. Ce principe reçoit une application d'autant plus incontestable à notre espèce, que l'avocat ou l'avoué n'agit que sous l'inspiration immédiate du client, et que celui-ci, en revendiquant le bénéfice du jugement obtenu par le dol de l'un ou de l'autre, ratifie tout ce qu'ils ont fait en son nom et s'approprie ainsi le dol lui-même. Il est donc de toute justice qu'il subisse toutes les conséquences d'un acte dont il a voulu recueillir les avantages.

Ainsi, le dol de l'avocat ou de l'avoué est considéré comme le dol personnel de la partie. Sa découverte et sa reconnaissance autorisent donc contre elle la voie de la requête civile [3].

432. — 3° Que le dol reproché ait influé sur le jugement dont on poursuit la rétractation. Le dol n'est punissable qu'autant qu'il occasionne un préjudice. Ce préjudice existe incontestablement lorsque le dol a été la cause déterminante du contrat. Ainsi, celui qui demande à être relevé de son engagement doit, aux termes de l'article 1116, justifier qu'il ne l'aurait pas contracté sans les manœuvres par lesquelles il a été circonvenu.

Nous ne saurions comprendre qu'il pût en être autrement dans le cas d'une requête civile, à moins de jeter les parties dans des frais frustratoires et inutiles. Si la fausse attestation n'a pas déterminé la solution, si le jugement, tel qu'il a été rendu, a son fondement réel dans les autres documents du procès, qu'importe que dans les moyens soumis au juge il s'en trouve un constituant un mensonge? Faites-le disparaître, et la partie qui s'en plaint n'en aurait pas moins perdu son procès. A quoi bon, dès lors, accueillir sa demande au rescindant, puisqu'elle doit succomber au rescisoire?

433. — Cette opinion est combattue, en quelque sorte, par Chauveau, qui enseigne que la requête civile, fondée sur un des moyens prévus par la loi, ne peut être écartée sous prétexte du défaut d'intérêt. Mais cette doctrine, vraie sous un certain rapport, ne saurait recevoir aucune application au cas de dol personnel.

Ainsi, la requête civile fondée sur ce que les formalités prescrites à peine de nullité ont été violées, ou sur le défaut de communication au ministère public, dans les cas où cette communication est rigoureusement ordonnée, ne pourrait être rejetée sur le motif que le demandeur n'y aurait aucun intérêt. Dans l'un et dans l'autre cas, le droit naît du fait matériel lui-même, abstraction faite des effets qu'il a pu produire sur le jugement. Dès lors, le tribunal qui, par l'appréciation de ces effets, refuserait la rétractation du jugement, violerait expressément la loi et s'exposerait à la censure de l'autorité judiciaire supérieure.

Mais, dans le cas de dol personnel, la mission du juge est bien différente. Elle consiste alors, et c'est Chauveau qui nous l'explique, à rechercher si dans telle espèce le dol existe, s'il résulte suffisamment des faits allégués. Or, comment cette recherche pourrait-elle s'opérer sans avoir égard à l'existence d'un préjudice? Le dol n'est-il pas *consilium fraudis et eventus damni?* Dès lors, comment déclarer le dol certain si l'on n'établit pas *a priori* l'existence de l'un de ses éléments essentiels, la certitude d'un préjudice? Il est donc évident que le juge, non-seulement peut, mais doit vérifier d'abord le préjudice souffert par le demandeur en requête civile, et, s'il pense qu'il n'en existe aucun, il déclarera qu'il n'y a pas dol, et conséquemment que la requête civile est non recevable.

Au reste, Chauveau n'a pas suffisamment examiné l'arrêt de la cour de cassation du 16 août 1808, sur lequel il fonde sa doctrine. Cet arrêt casse une décision de la cour de Besançon, non pas parce que celle-ci avait déclaré non recevable, pour défauts d'intérêts, la requête civile des demoiselles Thouverey. Ce qui détermine la cour suprême, c'est que bien à tort

[1] Paris, 11 mars 1836, *Journal du Palais*.
[2] *Vide suprà*, chap. Ier, sect. II, § 2.
[3] Poncet, *des Jugements*, t. II, tit. II, chap. III, n° 460; Pigeau, Carré, Chauveau; *vid.* arrêt de Bruxelles du 23 juillet 1810.

l'on avait déclaré celles-ci sans intérêt, tandis qu'il *était évident qu'elles en avaient un réel à attaquer les dispositions qu'elles voulaient faire rétracter, qui pouvaient compromettre le sort de leur créance, et qu'elles ne pouvaient les attaquer que par la requête civile* [1].

Y aurait-il eu également cassation si le défaut d'intérêt allégué par la cour d'appel eût réellement existé? Ce qui fait supposer le contraire, c'est le soin que met la cour régulatrice à établir la proposition contraire. Sa décision tient donc uniquement à l'erreur commise à cet égard par la cour de Besançon, et dans ces limites cet arrêt ne saurait prêter aucune autorité au système de Chauveau.

Ainsi, si le jugement attaqué par requête civile, sur le motif de dol personnel, n'en eût pas moins été rendu tel qu'il l'a été en l'absence du fait caractérisé dol, si le juge n'a puisé sa conviction que dans les autres éléments du procès, la requête civile doit être écartée. Admettre le contraire, ce serait vouloir perpétuer le litige, encourager la chicane et exposer des frais évidemment inutiles.

La question de savoir jusqu'à quel point le dol a influé sur le jugement sera facile à apprécier, puisque la requête civile doit être soumise au juge qui a rendu la décision querellée. Personne, en effet, ne pouvait mieux que lui rendre compte de ses impressions au moment de cette décision, et expliquer les motifs qui l'ont déterminé.

Aux conditions qui précèdent, la requête civile est parfaitement admissible. Reste le bien fondé de la demande que le tribunal investi doit prononcer sur l'existence du dol, sa gravité, ses conséquences. A cet égard son indépendance est absolue et son appréciation souveraine; sa décision, quelle qu'elle soit, ne saurait être annulée par la cour de cassation [2].

434. — Au nombre des actes pouvant caractériser le dol personnel, se placent la subornation des témoins, la corruption des experts, le faux serment.

435. — La subornation des témoins est plus qu'un dol. La loi la considère comme un crime qu'elle punit d'une peine afflictive et infamante. Il n'y a donc aucun doute à concevoir; le jugement obtenu par l'effet de cette subornation ne saurait survivre à la certitude de son existence.

Mais cette certitude ne saurait être acquise que par la preuve résultant d'un jugement de condamnation au criminel. L'absence de ce jugement rendrait la requête civile non recevable, alors même que le demandeur offrirait la preuve par documents ou par témoins.

En conséquence, celui qui se prétend victime de faux témoignages déterminés par la subornation doit d'abord recourir à la voie criminelle. L'instance jugée et le suborneur convaincu, la requête civile ne pourrait manquer d'être accueillie et de produire tous ses effets.

Si le prétendu suborneur est acquitté, la requête civile devient rigoureusement impossible, alors même que les témoins sur la foi desquels le jugement a été rendu seraient reconnus et punis comme faux témoins. Le faux témoignage est sans doute un dol extrêmement grave, mais il n'est pas personnel à la partie sans le concours de laquelle il s'est produit. Or, en vertu de l'article 480, il n'y a que le dol personnel qui donne ouverture à la requête civile.

La partie lésée par le faux témoignage n'aurait donc qu'une action, à savoir : celle en dommages-intérêts contre les auteurs du faux témoignage, pour les contraindre à réparer le préjudice qui en est résulté.

436. — La corruption des experts peut être sans difficulté assimilée à la subornation des témoins. Elle est même plus dangereuse et plus grave, car, indépendamment de son caractère qui l'a fait accepter par la partie et par le juge, l'expert est appelé le plus souvent à constater des faits dont la matérialité est sous ses yeux et doit être facilement reproduite. On ajoutera donc d'autant plus de confiance à sa déclaration, d'ailleurs garantie par serment, qu'une erreur est beaucoup moins présumable chez lui que chez un témoin déposant d'après des impressions et des souvenirs plus ou moins fidèles.

L'acte qui a pour objet d'amener l'expert à trahir son serment et à tromper la confiance que la justice lui a témoignée est donc un acte qu'on ne saurait trop vivement flétrir; il peut ne pas rentrer dans la catégorie de ceux que punit l'article 179 du Code pénal, mais de toute certitude on ne saurait ne pas y rencontrer un véritable dol.

L'auteur de cette corruption ne pourrait donc se soustraire aux effets de la requête civile, ni la soutenir non recevable, à moins qu'il ne fût certain que le rapport de l'expert corrompu n'a exercé aucune influence sur la décision qui l'a suivie.

Cette hypothèse peut ne pas être impossible. En effet, l'avis de l'expert n'est jamais obligatoire. Les juges peuvent, à leur gré et suivant

[1] *Journal du Palais.*

[2] Cass., 12 janvier 1841; D. P., 41, 1, 180.

leur conviction, le modifier, le mettre même complétement de côté. Ce dernier cas se réalisant, la preuve que l'expert a été corrompu serait sans effet, puisque ce serait ailleurs que dans son rapport que les juges auraient puisé les motifs de leur décision.

Au reste, des difficultés de ce genre sont évidemment en dehors de toute discussion, le tribunal qui a rendu le jugement attaqué étant seul compétent pour les apprécier et les résoudre d'une manière convenable.

La subornation des témoins et la corruption des experts peuvent avoir été pratiquées par argent, par une récompense quelconque, par des promesses même. Quel que soit leur mobile, l'effet en est le même par rapport au jugement qu'elles ont déterminé. Nous faisons cette observation pour prévenir un doute que le droit romain pourrait faire naître. En effet, le rescrit d'Adrien ne considère la corruption comme cause de la rétractation des jugements qu'autant qu'elle a été pratiquée à prix d'argent [1].

437. — Nous venons de voir qu'une allégation mensongère et fausse constituait, suivant les circonstances, un dol donnant ouverture à requête civile; par une supériorité de raisons incontestable devrait-on admettre cette doctrine pour ce qui concerne le faux serment qui réunit le sacrilége au mensonge.

La requête civile serait donc ouverte envers le jugement rendu conformément au serment prêté. Ici l'influence du serment sur la décision n'est pas douteuse, le vice qui entacherait le serment entacherait donc la décision elle-même.

438. — On doit cependant distinguer, par rapport à la requête civile, le serment déféré ou référé par la partie, du serment ordonné d'office par le juge.

De tout temps le serment décisoire a été considéré comme terminant à tout jamais le litige. Ce serment, disait le jurisconsulte Paul, renferme une véritable transaction, et a conséquemment une autorité plus grande que celle de la chose jugée. Ajoutons qu'il a aussi une autorité plus grande que la transaction elle-même, car le dol, qui relève de celle-ci, ne saurait influer sur ses effets : *Adversus exceptionem jurisjurandi replicatio doli mali non debet dari, cum prætor id agere debet, ne de jurejurando quæratur* [2].

L'article 1363 du Code civil a consacré ce principe. Le serment décisoire crée, sous son empire, une présomption contre laquelle la preuve du contraire n'est pas admissible; et cela, disait l'orateur du gouvernement, parce que le serment déféré ou référé par les parties doit terminer définitivement toute contestation. C'est la condition sous laquelle la loi donne le droit de l'exiger. Ainsi, de l'exercice de ce droit résulte le consentement de se soumettre à la condition; et dès lors celui qui a déféré le serment ou qui l'a référé n'est plus recevable, lorsqu'il a été fait, à en prouver la fausseté [3].

De tout cela il résulte évidemment que la voie de la requête civile est absolument interdite contre les jugements rendus à la suite du serment décisoire, alors même que la preuve de la fausseté serait matériellement acquise.

Mais aucun des caractères constitutifs du serment décisoire ne s'applique au serment ordonné d'office par le juge. On ne peut pas dire, en effet, que la partie ait voulu s'en remettre à la conscience de son adversaire, puisque, d'une part, elle n'a pas cru prudent de lui déférer le serment, et qu'elle a, en outre, résisté autant que possible à ce que le juge le lui déférât. On ne peut, dès lors, considérer ce serment comme une transaction. Il n'est plus qu'un moyen de décision invoqué par le juge, et contre lequel la partie qui a succombé conserve le libre exercice de tous ses droits, et notamment le recours à la requête civile, dès qu'elle aura acquis la preuve du parjure. C'est au reste ce qui a toujours été considéré comme une règle incontestable [4].

439. — 2° La requête civile est admissible s'il a été jugé sur pièces depuis reconnues ou déclarées fausses.

Cette hypothèse touche, sous un rapport, à celle que nous venons de parcourir. L'usage sciemment fait d'une pièce fausse constitue un dol au suprême degré, puisqu'il est considéré et puni comme un crime; le droit à se pourvoir par requête civile se puiserait donc suffisamment dans le numéro 1er de l'article 480.

440. — Mais une disposition spéciale devenait nécessaire dès l'instant que le législateur n'exigeait pas que la fausseté des pièces eût été connue par la partie qui les a invoquées. La question de dol est donc fort indifférente. La bonne foi admise, la requête civile n'en serait pas moins recevable, pourvu : 1° que les pièces

[1] L. 33, Dig., *de re judicata.*

[2] L. 15, Dig., *de except.*

[3] Locré, *Procès-verbaux* du conseil d'État, séance du 5 pluviôse an XII, t. XII, p. 414.

[4] Voy. l. 31, Dig., *de jurejurando;* Despeisse, tit. XII, section II; Domat, 2e p., liv. IV, tit. IX; Pothier, liv. XII, tit. II, no 51.

produites soient reconnues ou déclarées fausses ; 2° qu'elles aient servi de bases au jugement attaqué. Telles sont les conditions uniques exigées par le numéro 9 de l'article 480.

441. — La seule difficulté que cette disposition fait naître est relative au sens qu'il convient d'attacher à ces termes : *Reconnues ou déclarées fausses*. De la solution de cette difficulté dépend la question de savoir si le juge investi de la connaissance de la requête civile peut, par un même jugement, admettre la fausseté des pièces et statuer ensuite sur le mérite de la requête civile.

L'affirmative a été soutenue depuis le Code de procédure. « L'article 480, a-t-on dit, n'a voulu qu'une seule chose, à savoir : que la fausseté des pièces qu'on aurait connue avant le jugement, en négligeant alors de l'invoquer, ne pût servir plus tard d'ouverture à requête civile ; c'est dans ce sens qu'il exige que cette fausseté ait été déclarée ou reconnue depuis le jugement ; il suffit donc que cette condition soit remplie pour qu'on doive admettre la requête civile.

« Aucune difficulté ne peut s'élever quant à la déclaration du faux, mais la reconnaissance indiquée par le législateur ne saurait être l'aveu émané de la partie confessant ainsi sa propre turpitude. On doit donc entendre par là la découverte du faux par le demandeur en requête civile. Or, rien dans l'article 480 n'autorise à penser que l'une ou l'autre doive précéder l'instance en rétractation du jugement ; exiger cette reconnaissance ou cette déclaration préalable, c'est donc ajouter à la loi. Dès lors la preuve du faux peut être valablement faite devant le tribunal investi de la demande en requête civile, qui peut conséquemment prononcer simultanément sur le faux et sur la requête civile elle-même. »

Tout cela était vrai sous l'empire de l'ordonnance de 1667, c'est ce qu'atteste notamment un arrêt de la cour de cassation du 22 pluviôse an IX. Mais la doctrine de l'ordonnance a été abandonnée par le Code de procédure ; cela résulte du texte et de l'esprit du Code.

L'article 34, titre XXXV, de l'ordonnance autorisait la requête civile, s'il avait été jugé *sur pièces fausses*. La généralité de ces termes ne répugnait nullement au sens qu'on leur avait reconnu. Évidemment le législateur n'avait rien prévu ni quant à l'existence préalable du faux, ni quant au mode de sa constatation.

Dès cette époque, cependant, une controverse s'était établie sur l'un et l'autre point, et cette controverse n'avait pas laissé que de créer des difficultés assez graves. Un jugement définitif doit, disait-on, devenir la loi immuable des parties. Ouvrir contre lui un recours trop facile, c'est s'exposer à en diminuer la juste autorité, c'est encourager la mauvaise foi et la chicane intéressées à se soustraire par tous les moyens à une condamnation juste et méritée. L'intérêt général exige donc qu'il n'y ait rien d'arbitraire dans les modes d'attaque dont un jugement peut être l'objet, et, si cette attaque est fondée sur la fausseté des pièces produites, il convient que cette fausseté soit prouvée avant qu'on puisse en poursuivre les effets. Procéder autrement, c'est livrer les parties à des débats interminables, car la prétention de la découverte d'un faux qui n'a réellement jamais existé, et qu'on ne pourra prouver, amènera de fréquents procès.

442. — C'est en présence de ces difficultés que se trouvaient les auteurs du Code de procédure, et le rapprochement des termes qu'ils ont employés, de la disposition de l'ordonnance, indique de quelle manière ils ont entendu les trancher. La requête civile n'est admissible que si les pièces ont été reconnues ou déclarées fausses, elle n'est donc possible qu'à partir du moment de l'une ou de l'autre ; dès lors, comment admettre que l'exercice d'un droit puisse précéder l'ouverture du droit lui-même ?

Le Code a donc déserté le système suivi par l'ordonnance de 1667, et s'il est vrai que sous l'empire de celle-ci le faux n'avait pas besoin d'être préalablement prouvé, il est certain que, depuis la promulgation du premier, cette constatation préalable est devenue la condition indispensable de la faculté de se pourvoir par requête civile. D'où la conséquence que le juge investi de cette requête ne peut rechercher d'abord le faux et prononcer ensuite sur la requête civile.

443. — Quant au sens qu'il faut attacher à la reconnaissance prescrite par notre article, il ne saurait être douteux, il ne peut s'entendre que de l'aveu fait par l'auteur du faux ou par celui qui a fait usage des pièces fausses, aveu tout à fait indépendant de la découverte faite par le demandeur en requête civile et qui ne peut jamais être suppléé par elle.

Cela s'induit du rapprochement des articles 448, 488, 480 du texte même de ce dernier.

Ainsi, l'article 448 proroge les délais de l'appel du jugement obtenu sur pièces fausses, en ne les faisant courir que du jour où le faux a été reconnu ou juridiquement constaté. On convient généralement que dans cette hypothèse la reconnaissance dont parle la loi, c'est l'aveu de la

partie, et ce qui le prouve, c'est que cet article, exigeant une preuve par écrit de la découverte des pièces décisives, n'aurait pas manqué de la prescrire pour la découverte du faux, sans quoi les délais d'appel n'eussent jamais couru. Or, rien n'indiquant une intention contraire, il faut conclure, de l'identité des termes employés par l'article 480, à une solution conforme à celle donnée dans le cas de l'article 448.

Ainsi encore, l'article 488, qui fait courir les délais de la requête civile du jour où soit le faux, soit le dol, aura été reconnu ou les pièces décisives découvertes, ajoute « : pourvu que dans ces deux derniers cas il y ait preuve par écrit du jour et non autrement. » Le motif qui a fait restreindre la nécessité de la preuve écrite au dol et à la découverte des pièces décisives, c'est que le faux ne pouvant résulter que d'une reconnaissance ou d'un jugement, la preuve du jour de l'une ou de l'autre résultera invinciblement de l'acte qui constate l'une ou l'autre. La loi n'a donc pas voulu parler de la simple découverte du faux, car elle eût fait pour celle-ci ce qu'elle a fait pour celle du dol, pour celle de pièces décisives, à moins qu'on n'admît que, pour le faux, la loi n'a voulu tracer aucune limite à la faculté de se pourvoir par requête civile. Or, une pareille intention est d'autant moins présumable que l'intérêt public prescrivait de laisser le moins possible dans l'incertitude l'autorité des jugements ou arrêts.

Enfin, admettre que la reconnaissance exigée par l'article 480 signifie seulement la découverte du faux par le demandeur en requête civile, c'est supposer au législateur deux volontés contradictoires dans deux dispositions rapprochées à dessein, à cause de leur coïncidence. Ainsi, tandis qu'il aurait exigé d'une part la constatation juridique du faux pour donner ouverture à la requête civile, de l'autre il se serait contenté qu'il fût seulement découvert. Une telle contradiction n'est ni présumable ni admissible.

444. — En conséquence il n'y a pas à hésiter. Celui qui veut se pourvoir en requête civile, pour fausseté des pièces produites, doit se procurer l'aveu de son adversaire, et, à défaut, faire constater juridiquement le faux. Cette reconnaissance ou ce jugement obtenu, la requête civile devient recevable et peut dès lors être intentée. De là résulte évidemment que le même tribunal ne saurait être simultanément investi de la connaissance du faux et de la requête civile, ni prononcer sur le tout par un même jugement.

C'est au reste dans ce sens que s'est généralement prononcée la jurisprudence. De nombreux et graves monuments l'attestent [1].

Tout en admettant ce principe, Pigeau en restreint l'application au cas où la pièce arguée est authentique. Si la pièce est privée, dit-il, les juges peuvent, après l'avoir examinée et reconnue fausse, la déclarer nulle et admettre la requête civile par le même jugement.

Mais cette opinion a le tort de distinguer là où la loi ne distingue pas. De plus, elle transfère au juge le pouvoir de reconnaître la fausseté de la pièce et de commettre ainsi une équivoque sur la valeur de ce terme que la loi a considéré comme l'équivalent de l'aveu de la partie. Elle est donc inadmissible. Ainsi, que la pièce soit privée, qu'elle soit authentique, la nécessité d'une reconnaissance ou d'un jugement préalable n'en existe pas moins, pour que le droit de se pourvoir par requête civile soit ouvert.

445. — 3° Enfin la requête civile est autorisée si depuis le jugement il a été recouvré des pièces décisives et qui avaient été retenues par le fait de la partie.

Trois conditions sont donc indispensables pour constituer cette ouverture spéciale de requête civile.

La première, c'est que les pièces aient été découvertes depuis le jugement. Conséquemment, si leur existence avait été connue avant, la partie qui aurait négligé de les produire ou de s'en prévaloir ne serait plus admise à se pourvoir contre le jugement. Ce jugement serait maintenu tel qu'il a été prononcé, alors même que la décision qu'il consacre eût dû être différente, si les pièces non représentées eussent été vérifiées par les juges. La requête civile n'a nullement été imaginée pour venir en aide à l'imprudent qui n'a pas su se défendre comme le voulait son intérêt.

La détermination de l'époque de la découverte précise des pièces était de nature à soulever de graves difficultés. C'est pour les prévenir que la loi exige que la preuve écrite de cette découverte soit produite par le demandeur en requête civile. Aux termes de l'article 488, l'absence de cette formalité ne permettrait pas d'accueillir la demande.

La seconde condition, c'est que les pièces soient décisives. L'exigence de ce caractère implique pour le juge la nécessité de jeter un coup

[1] *Vid.* au *Journal du Palais* : Grenoble, 29 mai 1834; Paris, 11 mai 1836; cass., 2 mai 1837 et 13 février 1838; Aix, 8 février 1839; t. I, 1837, p. 332; t. I, 1838, p. 268, t. I, 1839, p. 408.

d'œil sur le fond du procès. Aussi cette faculté, que l'ordonnance de 1667 refusait, a-t-elle été explicitement admise lors de la discussion législative du code de procédure civile. Elle est d'ailleurs indispensable, car comment juger si la pièce est ou non décisive, autrement qu'en recherchant quelle est l'influence qu'elle doit exercer sur les prétentions des parties?

Le juge examinera donc le fond, et s'il résulte de cet examen, dit Pigeau, que la cause eût été perdue quand même la partie eût plus tôt produit la pièce, on n'aura pas à s'occuper de la requête civile, qui devra dès lors être rejetée.

Il suit de là qu'il n'y a de pièces décisives, dans le sens de la loi, que celles dont les énonciations devaient amener une solution opposée à celle que le jugement consacre. Telle n'est pas cependant l'opinion de Berriat Saint-Prix. Cet auteur pense que le caractère des pièces doit être apprécié par rapport au rescindant seulement; conséquemment il établit comme règle générale que, quoique la pièce retenue ou recouvrée doive, en définitive, faire rendre un jugement semblable au premier, quant à ses résultats, il n'en faut pas moins rétracter celui-ci.

Cette doctrine s'écarte du véritable esprit de la loi; elle ne tend qu'à perpétuer les procès, qu'à multiplier les frais. Elle devait donc être rejetée. Elle l'a effectivement été par les auteurs et par la jurisprudence. La cour de Bruxelles, notamment, a décidé par arrêt du 9 juillet 1825, que, si la pièce n'est pas décisive au fond, on ne peut prétendre qu'il y ait dissimulation dolosive, et partant ouverture à requête civile.

La troisième condition, c'est que les pièces aient été retenues par le fait de la partie.

Cette rétention est surtout le fait principal dont le paragraphe 10 a voulu s'occuper. Nous verrons bientôt que son existence est constitutive d'une présomption de dol suffisante pour autoriser la requête civile. A ce titre, on ne pouvait faire autrement que d'exiger qu'elle fût directement imputable à la partie, le dol, formel ou présumé, devant être personnel pour créer une ouverture à requête civile.

De là cette conséquence que, si les pièces avaient été retenues par un tiers ou si le défaut de leur production n'était imputable qu'à la négligence de la partie qui avait intérêt à les représenter, le jugement rendu en leur absence demeurerait inattaquable pour toutes les parties.

On doit, dans cette circonstance, appliquer les principes que nous avons déjà exposés sur le dol direct ou indirect. Ainsi si la rétention matériellement opérée par un tiers n'était due qu'aux inspirations de l'une des parties, si la conduite de ce tiers était le résultat d'une collusion frauduleuse, la complicité de la partie la rendrait directement responsable des conséquences de la rétention et autoriserait la requête civile. C'est ce qui se réaliserait dans le cas où la partie, dans l'intention d'éluder la loi, aurait, avant le procès, remis les pièces entre les mains d'un tiers, en le chargeant de les celer; ou si, connaissant le dépositaire de ces pièces, elle était parvenue, par dons, promesses ou violences, à le déterminer à ne pas les produire.

D'autre part, la possession d'une pièce et le silence gardé sur son existence ne constitueraient pas la rétention prévue par la loi, si la minute de cette pièce étant déposée dans des registres publics ou chez un notaire, les parties ont pu en requérir une expédition ou une copie; si la pièce étant commune aux deux parties ou si, son existence étant acquise, on a pu forcer le dépositaire à la communiquer. Ainsi il a été jugé qu'il n'y avait pas véritable rétention dans le fait de l'associé qui, constitué gardien d'un document social, ne l'avait pas produit, tous les associés pouvant le réclamer et le consulter en tout temps [1]; que la partie qui n'a pas usé de la faculté autorisée par l'article 188 du code de procédure civile, d'exiger la communication des pièces invoquées par son adversaire, ou qu'il sait être en sa possession, ne peut être admise à se pourvoir par requête civile, sous prétexte que celui-ci les aurait retenues [2].

On le déciderait de même dans toutes les hypothèses où le demandeur en requête civile aurait négligé de faire valoir les moyens que la loi lui donne de s'éclairer sur son droit. Il est certain que, en pareille occurrence, il a commis une faute qui n'a pas peu contribué au préjudice dont il se plaint. Or, en principe, le dol n'oblige à la restitution que lorsque celui qui la réclame n'est pas lui-même coupable d'imprudence, de légèreté ou de négligence. Alors, en effet, et alors seulement, le dol peut être considéré comme la cause déterminante du contrat.

446. — Au reste, les circonstances pouvant ou non constituer la rétention dans le sens légal ne présentent que des appréciations de fait que la loi abandonne à la prudence et aux lumières du juge. Mais une pure question de droit est celle de savoir si la requête civile est admissible

[1] Paris, 28 novembre 1810.

[2] Cass., 20 novembre 1832.

lorsque celui qui a retenu les pièces a agi de bonne foi et dans l'ignorance de leur existence entre ses mains.

Pigeau enseigne l'affirmative. Mais cette solution est fortement combattue par Ad. Chauveau. « Le paragraphe 10, dit ce dernier, prévoit un cas de dol aussi bien que le paragraphe 1er, et, s'il diffère de celui-ci par une précision spéciale, comme lui, du moins, il pose, à titre de condition essentielle, qu'il faut que le dol provienne du fait de la partie.

« Or il n'y a pas de dol dans l'hypothèse, car le dol suppose l'intention de nuire, il n'existe même qu'à ce titre; et ici le contraire est établi.

« Encore moins peut-on dire qu'il se révèle par une manœuvre coupable de la partie, puisque celle qui, par pure ignorance, a retenu les pièces qu'elle ne savait pas en sa possession, n'a pas même encouru le reproche de négligence; ce n'était pas à elle, en effet, de chercher des armes à son adversaire. Il suffit qu'elle n'ait pas sciemment mis obstacle aux recherches que celui-ci aurait pu effectuer, pour qu'elle soit exempte de tout blâme. »

Ainsi des deux hypothèses que l'article 480 semble prévoir dans le paragraphe 10, à savoir : celle d'une rétention intentionnelle, et celle d'une rétention provenant de l'ignorance, Chauveau n'admet que la première comme donnant ouverture à la requête civile. Nous pensons, au contraire, que c'est uniquement en vue de la seconde que le paragraphe 10 a été inscrit dans la loi.

Aucun doute, en effet, ne pouvait s'élever dans le cas de dol. Le paragraphe 1er les prévoit tous, et la rétention d'une pièce décisive, opérée sciemment, étant un véritable dol personnel, tombait virtuellement sous le coup de cette disposition.

Il n'en était pas de même de la rétention de bonne foi. On pouvait précisément invoquer ce caractère pour combattre la recevabilité de la requête civile. Il était donc urgent de tracer à cet égard une règle précise, si l'intention du législateur était de consacrer la requête civile dans ce cas.

Or nous croyons que cette intention a été celle de la loi; et c'est pour l'exprimer que le paragraphe 10 a été adopté. Ce paragraphe s'appliquerait donc précisément à l'hypothèse que Chauveau prétend exclure.

Remarquons d'abord que la loi n'exige qu'une seule chose, à savoir : que les pièces aient été retenues par *le fait* de la partie. C'est donc à la matérialité des choses qu'il convient de se référer. L'absence de toute indication relative à l'intention en fait un devoir d'autant plus impérieux que cette absence n'est qu'une conséquence d'une appréciation exacte des difficultés graves que les questions d'intention pouvaient soulever.

L'ignorance de l'existence d'une pièce qu'on a en sa possession est un fait tellement intime, qu'on ne pourrait rendre la prétention contraire l'objet d'une preuve quelconque. Cependant le fait de cette possession a causé un grave préjudice, puisqu'une partie, qui ne devait pas l'être, a été condamnée. Or, comment concevoir l'impossibilité absolue de toute réparation dans laquelle cette partie serait placée, par l'impuissance où elle serait d'établir que la bonne foi de son adversaire n'est qu'un vain prétexte?

A côté de cet inconvénient déplorable, s'en trouvait un autre non moins grave. On ouvrait une large porte à l'arbitraire, en constituant les tribunaux juges nécessaires de cette intention. C'était, en effet, les placer en présence de deux allégations dépouillées de tout secours extérieur et les exposer ainsi à consacrer dans plusieurs cas le contraire de la vérité.

Il n'y avait qu'un seul moyen qui pût faire heureusement franchir ce double écueil, et ce moyen est celui que la loi a pris. Le fait de la possession des pièces et de leur rétention est déterminant. Il crée une présomption légale de dol, suffisante pour donner ouverture à la requête civile.

La loi ne pouvait pas hésiter à se décider ainsi, car le résultat qu'elle atteint est le seul juste, le seul équitable. Ainsi la partie qui ne doit rien se trouve exonérée d'une condamnation imméritée. Son adversaire perd le bénéfice d'un jugement qui n'a été qu'une surprise à la religion des juges, et dont l'annulation ne fait que lui rendre la position dans laquelle il était réellement placé.

Le système contraire a des conséquences iniques et grève d'une responsabilité désastreuse la partie qui n'a absolument rien à se reprocher. En effet, si elle n'a pas produit les pièces dont son intérêt exigeait la représentation, c'est par l'excellente raison qu'elles étaient dans les mains de son adversaire. On ne saurait donc lui reprocher ni faute, ni imprudence, ni légèreté.

Il n'en est pas de même de ce dernier; s'il pouvait échapper au reproche d'avoir commis une faute grave, il se trouverait au moins convaincu de négligence. Il a, en effet, le tort de ne s'être pas assez assuré de l'existence du droit qu'il allait exercer. Cependant c'est lui qu'on récompenserait de cette heureuse négligence, c'est lui qu'on enrichirait des dépouilles injustement arrachées à son adversaire!

Est-il vrai cependant qu'il doive en être ainsi et que la loi n'ait autorisé la requête civile que lorsqu'il s'agit d'un dol caractérisé?

La négative s'induit des motifs et du texte de l'article 480. La requête civile n'est qu'un moyen de corriger l'erreur dans laquelle le juge devait fatalement tomber par le fait ou par la fraude de l'une des parties. C'est ce que prouve invinciblement le paragraphe 9 de cet article 480.

L'usage des pièces fausses peut caractériser un dol. Il peut aussi n'être que le résultat de la bonne foi et de l'ignorance. A-t-on hésité, dans cette dernière hypothèse, à autoriser la requête civile? Cependant la bonne foi de la partie est exclusive de toute intention frauduleuse, et si la loi exigeait cette intention, il faudrait décider, pour l'usage des pièces fausses, ce que Chauveau enseigne pour la rétention des pièces. Le contraire cependant n'a jamais été contesté par personne.

Mais, si la bonne foi n'est point une excuse pour l'usage des pièces fausses, pourquoi lui reconnaîtrait-on ce caractère, lorsqu'il s'agit de rétention de pièces décisives? Évidemment il y a dans les motifs de décision, dans l'un et dans l'autre cas, une telle identité qu'on ne saurait justifier ni concevoir une pareille divergence dans les résultats.

Concluons donc que le sens du paragraphe 10, déterminé par les motifs qui ont fait admettre la requête civile, justifié par l'énormité des conséquences que le système de Chauveau entraînerait, est invariablement fixé par son rapprochement avec le paragraphe 9. Le dol est présumé dans le fait de rétention, au même titre que dans le fait de l'usage des pièces fausses. L'un et l'autre se réalisant, le jugement est essentiellement altéré dans son principal caractère, et la requête civile est ouverte, quelles qu'aient été les causes déterminantes de l'un ou de l'autre. La preuve que le paragraphe 10 n'a pas d'autre but que le paragraphe 9, c'est que déjà le paragraphe 1er punissait le dol personnel, et qu'il est impossible d'admettre que le législateur ait cru devoir consacrer deux fois, dans le même article, la même disposition.

Enfin la justesse de notre conclusion est prouvée par la jurisprudence que nous avons déjà rappelée. Si, dans la supposition de mauvaise foi admise par Chauveau, la loi exige la dissimulation et la rétention, la conséquence nécessaire de sa disposition sera que le dol n'existera que par la réunion de ces deux circonstances, et que la simple dissimulation, fût-elle le produit de la fraude la plus insigne, ne saurait, dans aucun cas, autoriser la requête civile.

Le contraire a été cependant formellement jugé par la cour de cassation. Son arrêt du 19 février 1823 décide, en effet, que la dissimulation d'une pièce, sans qu'il y ait eu rétention, pouvait constituer un dol donnant ouverture à requête civile. Dans le système de Chauveau, cet arrêt serait une violation flagrante de la loi, puisqu'il ferait produire à une seule des circonstances prévues les effets que la loi n'a voulu donner qu'à la réalisation simultanée de l'une et de l'autre. S'il faut qu'il y ait mauvaise foi, dissimulation et rétention, il est évident que la mauvaise foi qui n'aura produit que la dissimulation ne pourrait être atteinte, sans méconnaître la volonté expresse du législateur.

La cour de cassation n'a pas hésité pourtant, et Chauveau approuve formellement son arrêt. Donc la cour a admis expressément que le texte du paragraphe 10 de l'article 480 a un sens tout spécial, à savoir : que la réunion des circonstances qui y sont énumérées crée une présomption légale de dol, rendant inutile et superflue l'examen de l'intention qui les a déterminées. Cet examen devient, au contraire, indispensable lorsque les parties se trouvant en présence d'une simple dissimulation, il y a lieu de rechercher si cette dissimulation ne constitue pas un véritable dol, et s'il convient d'appliquer le paragraphe 1er. La bonne ou mauvaise foi, indifférente dans la première hypothèse, est donc décisive et conséquemment nécessaire à établir dans la seconde.

447. — Nous aurions maintenant à rechercher quels sont les jugements qui peuvent être attaqués par la voie de la requête civile; quels sont les effets de l'introduction de l'instance, ceux de son admission. Mais les difficultés que ces divers points peuvent entraîner appartiennent à une autre matière que celle qui nous occupe. Nous devons donc renvoyer aux auteurs qui ont écrit sur cette partie de notre droit. Rappelons seulement que l'exécution du jugement attaqué ne saurait être ni suspendue ni arrêtée jusqu'au moment où, par la consécration de la requête civile, ce jugement se trouve rétracté et les parties remises au même état qu'avant sa prononciation.

§ II.

De la prise à partie.

SOMMAIRE.

448. — Motifs de la prise à partie.
449. — Inconvénients de l'admission de cette voie. — Dangers pouvant résulter de sa prohibition.

450. — Coup d'œil historique.
451. — Abrogation de l'ancienne législation par la loi du 3 brumaire an IV et plus tard par le Code de procédure.
452. — Cas donnant ouverture à l'action.
453. — Différence en cette matière entre le dol et la fraude.
454. — Différence dans leur origine. — Conséquences.
455. — Différence dans les faits à prouver.
456. — Leurs effets.
457. — La concussion se place sur la même ligne que le dol.
458. — Conduite que le magistrat doit tenir envers les plaideurs.
459. — Admissibilité de la preuve testimoniale.
460. — Caractère du déni de justice.
461. — Mode de sa constatation.
462. — L'article 505 du Code de procédure civile est essentiellement limitatif.
463. — Difficulté relativement à la faute lourde.
464. — Sa solution.
465. — Regret de Chauveau sur la doctrine de la cour de cassation.
466. — Réponse.
467. — Examen de l'opinion de Toullier.
468. — Contre qui peut être dirigée la prise à partie.
469. — Est-elle recevable contre les arbitres?
470. — Position que fait au juge l'admission de la requête. — Conséquences.
471. — Influence de cette admission sur la décision attaquée.
472. — Effets de l'arrêt admettant la prise à partie par rapport : 1° au juge; 2° à la décision.
473. — *Quid* si la partie a coopéré au dol du juge?
474. — La condamnation contre le juge peut entraîner la contrainte par corps.

448. — Si dans le Code, disait l'orateur du gouvernement, on avait pu se décider par les sentiments de respect qu'inspirent en France, plus que partout ailleurs, l'impartialité, l'exactitude et l'extrême délicatesse des magistrats, on n'y aurait pas même prévu qu'il pût s'en trouver dans le cas d'être pris à partie. Mais ne suffit-il pas que des exemples, quelque rares qu'ils soient, puissent se présenter, pour que la magistrature entière doive être satisfaite qu'il y ait une loi sévère, sous l'égide de laquelle les parties lésées peuvent obtenir la réparation qui leur est due.

449. — Évidemment l'écueil, en cette matière, résidait dans un parti extrême, soit qu'on abandonnât la prise à partie au gré des plaideurs malheureux, soit qu'on la prohibât d'une manière absolue.

Le premier système offrait de graves, de nombreux inconvénients. Rien de plus dangereux, pour l'ordre social lui-même, que de livrer le juge aux passions haineuses de ceux qu'il a dû condamner. Dès cet instant, disait un avocat général au parlement de Grenoble, avili par l'opinion même de la loi, le magistrat serait dégradé dans ses fonctions; son autorité, liée à la dignité de son caractère, s'affaiblirait comme elle, et lorsque le juge serait sans considération, la loi serait sans force.

La prescription absolue de tout recours n'offrait pas de moindres périls, quoique dans un autre ordre d'idées. Dégagé de toute crainte, le magistrat aurait pu se livrer à ses passions, sous le voile de l'accomplissement d'un devoir. Or, ajoutait le même magistrat, le plus grand crime des administrateurs de la justice serait de la trahir quand ils paraissent la rendre. Établir comme une règle que dès qu'un homme est décoré du titre de juge, il est inaccessible à la prévarication, ce serait mal connaître la faible humanité, ouvrir la barrière à d'odieux abus et consacrer quelquefois la plus révoltante iniquité.

450. — Le besoin de répression contre les magistrats prévaricateurs était donc impérieusement indiqué. Cette nécessité a été sentie par tous les peuples. L'histoire est là pour nous montrer que les peines corporelles les plus cruelles ont puni de pareils forfaits. Il est donc vrai de dire que la prise à partie se retrouve dans les plus anciennes législations, sous des formes empreintes dans chacune du caractère, du génie et des mœurs de la nation. Les Romains l'avaient formellement consacrée [1].

En France, la partie qui avait succombé pouvait, dans les premiers temps, appeler le juge à défendre, l'épée à la main, le bien jugé de sa sentence; plus tard, et lorsque la faculté d'appel fut reconnue, le juge qui avait prononcé devenait l'intimé principal et devait plaider à l'appui de son jugement. Cet état de choses soulevant des plaintes unanimes, une ordonnance de François Ier le fit cesser, en déclarant que l'appel devait être dirigé contre la partie. Mais le juge ne dut pas moins être intimé. De partie principale, il devint partie jointe, mais nécessaire.

Le premier édit qui restreignit la faculté illimitée d'actionner le juge est l'ordonnance de 1540. Cette ordonnance, relative à l'administration de la justice en Normandie, défend de prendre le juge à partie, *sinon que l'on maintienne par relief qu'il y ait dol ou fraude, ou concussion, ou erreur évidente en fait ou en droit* [2].

L'ordonnance de Blois, de 1579, rendit ce principe commun aux autres provinces; celle

[1] L. 15, § 1, et 40, § 1, Dig., *de judiciis*.

[2] Voy. *Collection* d'Isambert, t. XII, p. 709.

de 1667 le confirma. La seule modification que cette dernière introduisit fut de multiplier les cas légaux de prise à partie.

451. — Ces ordonnances formèrent le droit commun de la France jusqu'à la loi du 3 brumaire an IV. Plus tard, le Code de procédure est venu définitivement régler le principe et les formes de la prise à partie.

452. — Aux termes de l'article 505, cette voie d'attaque contre les juges n'est ouverte que dans l'une des quatre hypothèses suivantes : 1° s'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors du jugement; 2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi; 3° si la loi déclare le juge personnellement responsable, à peine de dommages-intérêts; 4° s'il y a déni de justice.

De ces quatre hypothèses, deux appartiennent plus particulièrement à la matière que nous examinons, à savoir : la première et la quatrième. C'est aussi d'elles seules que nous nous occuperons.

453. — Le dol et la fraude, que la pratique confond assez habituellement, ont ici une acception spéciale qu'il ne faut pas perdre de vue. Identiques dans leurs effets, ils diffèrent dans les caractères qui les constituent. Ainsi et par rapport à la prise à partie, le dol consistera dans les machinations ou les artifices qu'un juge se sera permis à l'encontre d'une partie. Il y aura fraude lorsque, volontairement et dans le dessein de nuire, le juge aura ouvertement violé la loi qu'il était chargé d'appliquer.

454. — Le dol peut se réaliser soit dans le cours de l'instruction, soit au moment du jugement; la fraude ne résulte que du jugement lui-même. Ce n'est qu'alors, en effet, que le préjudice qu'elle a pour but d'occasionner se manifeste.

De là cette conséquence que le fait qualifié fraude, et sur l'existence duquel il ne saurait y avoir doute, peut n'être que le résultat d'une erreur involontaire. Il est même présumé tel jusqu'à preuve contraire. Le dol, au contraire, emporte par lui-même l'idée d'une intention évidemment mauvaise.

En effet, les manœuvres, les artifices qui le caractérisent ne permettent guère d'équivoquer sur l'esprit qui a dicté les unes ou les autres. Comment le juge pourra-t-il intentionnellement se justifier d'avoir, par des moyens fallacieux, amené la partie à des aveux ou à des concessions qu'elle ne devait pas? d'avoir ajouté ou retranché à la déposition des témoins qu'il a entendus? Comment le rapporteur d'un procès innocentera-t-il le fait d'avoir soustrait d'un dossier, ou dissimulé dans son rapport, une pièce décisive pour la partie? d'avoir présenté comme certains des faits qu'il sait être faux? Comment enfin le président, qui après la prononciation du jugement en altère la rédaction en y ajoutant ou diminuant, pourra-t-il persuader de sa bonne foi? Chacun de ces faits est trop contraire à la loyauté qu'exigent les fonctions de magistrat, pour qu'on puisse se méprendre sur l'intention qui les a dictés.

455. — Mais, à la différence de la fraude, le dol ne résultera jamais du jugement, en ce sens que les faits qui le constituent ne ressortiront jamais du rapprochement de celui-ci avec le texte de la loi. Dès lors, s'il est vrai que la fraude, comme le dol, doit être prouvée, il n'est pas moins certain qu'il y aura dans la preuve offerte cette distinction importante que celle de la fraude devra porter sur l'intention du juge, et celle du dol sur l'existence des faits dont on veut le faire résulter.

456. — L'une ou l'autre de ces preuves admise et rapportée, la prise à partie doit réussir, sans que la juridiction saisie ait à s'enquérir du mobile qui a poussé le juge. Il importe peu qu'il ait obéi à ses propres inspirations ou suivi l'impulsion d'une volonté étrangère. Il a, dans tous les cas, manqué à ses devoirs, et dès lors justement encouru la peine prononcée par la loi.

457. — La concussion est placée sur la même ligne que le dol et la fraude. Cela était d'autant plus rationnel que ceux-ci ne sont souvent que la conséquence immédiate de l'autre. Aussi cette dernière est-elle appréciée beaucoup plus sévèrement par la loi qui la considère et la punit comme un crime.

Dès lors la preuve de la concussion donnerait lieu non-seulement à la pénalité édictée par la loi criminelle, mais encore à la prise à partie, dont les effets entraîneraient l'obligation, pour le juge, de réparer le préjudice qu'il aurait causé.

458. — La corruption tentée contre les juges n'agit pas toujours ouvertement, elle sait revêtir des formes tellement adroites, elle se produit par des moyens en apparence si innocents, que le juge se trouve enlacé sans s'en douter, et comme malgré lui, dans les filets dont elle a su l'envelopper. Le magistrat jaloux de sa considération ne saurait donc se montrer trop susceptible contre l'audace de certains plaideurs. L'objet de la plus minime valeur, le cadeau le plus in-

différent, le service le plus faible doit être impitoyablement refusé. La magistrature est à l'instar de la femme de César : elle ne doit pas même être soupçonnée.

459. — Le dol, la fraude, la concussion peuvent, dans le sens que nous venons d'indiquer, devenir, en cas de dénégation, l'objet d'une preuve testimoniale. Il est facile de comprendre que les faire dépendre d'une preuve, ou même d'un commencement de preuve par écrit, c'était en rendre la répression impossible. C'est dans cette prévision que la loi n'exige l'annexe des pièces justificatives que s'il en existe. Mais, à défaut, la requête doit contenir l'articulation précise des faits de dol, de fraude ou de concussion. Si ces faits sont graves et pertinents, la preuve ne saurait en être refusée.

460. — Le déni de justice constitue une véritable forfaiture. Institué pour rendre la justice, le magistrat la doit à tous sans faveur, sans préférence. Il manque donc au premier de ses devoirs lorsqu'il refuse de se prêter aux réclamations de ceux qui recourent à son ministère.

Le déni de justice, sévèrement apprécié par les législations qui se sont succédé, constitue, sous l'empire du Code de procédure, un dol présumé. Cette présomption est de telle nature qu'elle n'admet même pas la preuve du contraire. Le législateur n'a pas pu supposer la possibilité de la bonne foi chez celui qui, sourd à toutes les injonctions, a persisté à méconnaître les obligations que son caractère, que la confiance de la loi lui imposait.

La preuve du déni de justice entraîne donc avec elle la nécessité d'une répression, aucune excuse ne saurait prévaloir. On comprend dès lors pourquoi tous les soins du législateur se sont portés sur la détermination de ce qui constitue cette preuve.

461. — Il était dangereux de s'en rapporter, quant à ce, à la déposition de témoins. La dignité de la magistrature courait le risque d'être altérée par les nombreuses attaques qu'un pareil moyen aurait pu motiver. En conséquence l'article 507 du Code de procédure a taxativement indiqué le mode de preuve admissible.

Ce n'est donc qu'après les deux sommations faites dans les formes et délais qui y sont indiqués, que le refus du juge est certain et que le droit de le prendre à partie est ouvert. Conséquemment la requête qui signale l'exercice de ce droit doit mentionner l'accomplissement de cette formalité, et être accompagnée de l'original des deux sommations, comme pièces justificatives. Le défaut de production de ces deux actes, et à plus forte raison l'omission qui en aurait été faite au mépris de l'article 507, rendrait la prise à partie non recevable.

462. — Un principe incontestable, et qui résultait de la nature des choses, c'est que la disposition de l'article 505 est essentiellement limitative. En conséquence, toute prise à partie fondée sur un fait autre que ceux qui y sont formellement prévus serait absolument non recevable.

463. — Une difficulté s'est pourtant présentée, qui, tout en respectant ce principe, tendrait néanmoins à le violer. On a dit : La violation involontaire de la loi peut constituer une faute extrêmement grave. Or, aux termes de la loi romaine, la faute lourde est assimilée au dol ; donc, la prise à partie pour une faute de ce genre rentre parfaitement dans les termes de la disposition du paragraphe 1er de l'article 505.

Ce système, qui tend à ajouter la faute lourde au cas de dol, de fraude ou de concussion, avait été formellement consacré par un arrêt de la cour de cassation du 23 juillet 1806. Mais un arrêt plus récent, du 17 juillet 1832, a décidé le contraire. Quel est, de ces deux monuments de jurisprudence, celui qui fait une plus exacte application de la loi ?

464. — Pour décider cette question, qui ne laisse pas de présenter un grave intérêt, il convient de faire un retour sur ce qui se pratiquait avant le Code de procédure. La volonté du législateur, éclairée par la doctrine et la pratique de ses devanciers, ressortira plus nette et plus claire. On jugera de ce qu'il a réellement fait par ce qu'il était en mesure de faire.

Or, l'édit de 1540 plaçait nommément au rang des causes autorisant la prise à partie *l'erreur évidente du juge en fait et en droit*. Mais quelle que fût l'élasticité de cette prescription, la pratique, cette pierre de touche des lois, ne tarda pas à la restreindre. C'est ce qu'attestent les jurisconsultes de l'époque.

Ce qui est certain, c'est que la répulsion que l'exécution littérale inspirait était telle, que l'ordonnance de 1579 n'osa pas la méconnaître. L'article 147 se borne à autoriser la prise à partie, *si nos cours et tribunaux trouvent qu'il y ait faute manifeste du juge, pour laquelle il doive être condamné en son nom*, et cela indépendamment du dol, de la fraude, de la concussion.

Ainsi, l'erreur continua d'être une cause de prise à partie. Mais cette erreur dut constituer une faute évidente, jugée telle par les tribu-

naux, et de nature à faire condamner le juge en son nom; et encore ce mot faute avait-il été accepté comme emportant l'idée d'un fait volontaire qui empêchait de la confondre avec l'erreur simple. C'est ainsi que de nombreux arrêts avaient jugé que le magistrat qui avait prononcé contrairement aux lois et règlements, mais qui l'avait fait sans dol ni fraude, ne pouvait pas être pris à partie.

L'ordonnance de 1667, conçue cependant dans un esprit hostile à la magistrature, que la noble voix de Lamoignon fut impuissante à protéger, ne dispose, sur la faute du juge, autre chose que ce que renfermait déjà l'ordonnance de 1579. La pratique dut donc rester, et resta en effet, la même. On n'admit comme faute, autorisant la prise à partie, que la négligence AFFECTÉE et *inexcusable* [1].

Voilà le droit commun qui s'offrait au législateur au moment de la loi de brumaire an IV. Dès lors, les auteurs de cette loi étaient parfaitement en mesure de juger de ce qu'il convenait de faire; et si d'une part il est certain que la prise à partie ne peut être autorisée que dans les cas formellement prévus, ce qui a été admis sous toutes les législations; si d'un autre côté la faute du juge n'a plus été placée au rang des causes qui l'autorisent, ne faut il pas reconnaître que le nouveau législateur a formellement répudié les errements de son prédécesseur?

Ainsi, le silence de la loi, imité plus tard par le Code de procédure, suffit pour enlever à l'opinion que nous combattons tout appui dans la lettre de cette loi; car ce qui est vrai aujourd'hui, à savoir que la faute lourde est assimilée au dol, ne l'était pas moins sous les ordonnances. Cette assimilation n'avait pas dès lors été jugée suffisante, puisque le législateur avait dû inscrire dans sa disposition la faute du magistrat. Cette même assimilation suffirait-elle aujourd'hui que notre Code n'a plus reproduit cette cause de prise à partie?

On pourrait le prétendre si cette suppression n'avait été que la conséquence de l'idée que la faute étant assimilée au dol, il était inutile de s'occuper de l'une, l'autre se trouvant formellement prévue. Mais il s'en faut que cette pensée ait été le mobile du législateur. On peut juger, par les paroles que nous avons empruntées, en commençant, à l'exposé des motifs du Code de procédure, que l'admission de la prise à partie n'a été consacrée qu'avec l'espérance qu'elle resterait comme une menace vaine, en présence du caractère si honorable de la magistrature française.

L'arrêt de la section civile du 17 juillet 1832, qui repousse la prise à partie pour la faute même grossière du magistrat, à qui on ne peut reprocher ni dol ni fraude, a donc fait une application rigoureusement exacte du texte de l'article 505 du Code de procédure.

465. — Cependant Chauveau, mettant cet arrêt en regard de celui de 1806, regrette ce changement de jurisprudence. « Sans doute, dit-il, la faute grossière, la faute lourde ne devra pas être légèrement admise; mais il peut exister des fautes tellement grossières, qu'il soit impossible de ne pas les considérer comme un véritable dol, et dès lors une réparation devient nécessaire autant dans l'intérêt de la morale publique que dans celui de la justice : *De la morale*, parce qu'au lieu de compromettre la magistrature, cette réparation éclatante venge son honneur en ne tombant que sur le membre que son ignorance ou son improbité rend indigne de siéger dans son sein; *de la justice*, parce que la loi reconnaît elle-même que tout fait de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer [2]. »

466. — Chauveau a tort, dans la forme, de placer sur la même ligne l'improbité et l'ignorance. Le juge qui se trompe par improbité ne commet pas seulement une faute lourde, il se rend coupable d'une véritable prévarication. Le principe de sa conduite résidera dans un sentiment de faveur, d'inimitié ou d'avidité, et, à ce titre, la prise à partie ne constitue plus que le juste châtiment de sa fraude.

Peut-on assimiler à ce juge le magistrat qui, n'ayant pas cessé d'être mû par la pensée du devoir, a eu cependant le malheur de se tromper? L'intelligence la plus noble, la plus élevée n'a-t-elle pas ses moments d'oubli, d'entraînement, d'erreurs? Et l'on punira, comme un malhonnête homme, celui qui a cédé malgré lui à l'infirmité de la nature humaine? Nous ne craignons pas de le dire : un pareil système serait plus qu'une révoltante iniquité, il serait un véritable malheur social. Quel homme voudrait, à une pareille condition, aborder les fonctions de la magistrature?

Nous l'avons déjà dit, le juge ne peut, ne doit répondre que de la droiture de ses intentions, que de la loyauté de sa conduite. Tant que sa volonté est demeurée pure, il est réellement irréprochable. Son erreur, quelque lourde qu'elle soit, n'est plus qu'un fait malheureux, fort re-

[1] Jousse, sur l'article 8, tit. Ier.

[2] Sur Carré, art. 505 du Code de proc.

grettable sans doute, mais qui ne saurait entraîner la moindre responsabilité.

Au fond, l'appel que fait Chauveau à l'article 1382 n'est pas moins inadmissible. Cet article règle les rapports de citoyens à citoyens, comme il réglerait ceux de citoyens à magistrats, s'il n'existait pour ceux-ci une loi contraire. Or, cette loi, c'est l'article 505, qui ne soumet le juge à réparer le préjudice qu'il a causé que dans les cas spécialement indiqués. Par là se trouve formellement abrogé l'article 1382, et cette abrogation n'était qu'un acte de justice. En effet, le citoyen qui subira l'application du principe qu'il renferme ne sera tenu qu'à une réparation pécuniaire; pour le juge, au contraire, la prise à partie compromet son état, son honneur même. Lui appliquer l'article 1382, ce serait donc le placer, en regard de cette disposition, dans une position bien plus défavorable que celle d'un simple citoyen.

Ajoutons que l'application de l'article 1382 à la prise à partie conduirait bientôt à cette conséquence que, toutes les fois que le juge aurait prononcé sur un procès, il serait, sous prétexte de faute grave, obligé de descendre de son siége et de plaider le mérite de sa décision; et, quelque difficile qu'on fût à admettre la faute grave, on n'empêcherait pas le mal qui naîtrait du scandale de la poursuite.

Or, l'esprit de la loi a été précisément de rendre ces poursuites difficiles et rares. Car, comme le rappelle Carré, « s'il faut que les parties aient l'assurance d'obtenir justice, même contre leurs propres juges, l'intérêt public exige aussi que les ministres de la justice ne soient pas dépouillés de toute dignité, comme ils le seraient si les plaideurs, au gré de leur ressentiment et de leurs diverses passions, avaient le droit de les obliger de descendre de leur tribunal pour se justifier de leur conduite. Ce droit nous replacerait au temps où, par un reste d'abus encore plus grand de l'ancien régime féodal, les juges étaient eux-mêmes responsables de leurs jugements. »

Carré ajoute : « Entre les magistrats et les plaideurs il n'est qu'une seule autorité qui puisse en même temps convenir à la dignité des uns et à la sécurité des autres : c'est l'autorité de la loi, qui, en spécifiant les cas dans lesquels un plaideur doit être admis à traduire en justice son propre juge, pose la barrière que le respect dû à la magistrature doit empêcher de franchir. »

C'est ce précepte que la cour de cassation consacrait en 1832. Si elle refuse la prise à partie, c'est surtout parce que l'article 505 a spécifié les cas dans lesquels elle doit être admise; c'est ensuite parce qu'en pareille matière on ne saurait raisonner par analogie; et que s'il résulte de diverses dispositions du Code civil que celui qui commet une faute dommageable à autrui est tenu de la réparer et que la faute oblige en certains cas comme le dol et la fraude, il ne s'ensuit pas que les juges puissent être pris à partie pour avoir commis, dans l'exercice de leurs fonctions, une faute même grossière, mais sans dol ni fraude prouvés.

Cet arrêt ne mérite donc, sous aucun rapport, la critique qu'en fait Chauveau. Admettons, en conséquence, avec la cour dont il émane, que la faute même grossière ne donne pas ouverture à la prise à partie, tant qu'elle n'est que le résultat d'une erreur involontaire. Mais le juge qui s'est trompé parce qu'il a bien voulu se tromper, ne saurait échapper aux conséquences de sa conduite. La faute volontaire n'est pas seulement dans le cas d'être assimilée au dol, elle est un dol évident. Ce qui constitue celui-ci n'est-ce pas l'intention de nuire? Or, la volonté de se tromper renferme évidemment cette intention.

467. — Nous dirons donc, avec Toullier[1], qu'une faute de ce genre autorise la prise à partie; mais nous ne ferons pas, comme lui, dépendre l'action de la question de savoir si la partie qui profite de la faute peut ou non en réparer les conséquences. L'utilité du droit ne saurait influer sur son principe. Ainsi, dans l'exemple choisi par ce célèbre jurisconsulte, nous dirons :

Ou l'admission de la caution insolvable a été, de la part du juge, le résultat d'une appréciation erronée sans mauvaise foi, sans volonté de se tromper. Dans ce cas, sa décision n'est qu'un mal jugé, insuffisant pour le faire prendre à partie, le mal jugé ne produisant cet effet que lorsque, comme l'enseigne Duparc-Poullain, il constitue *un procédé caractérisé par la fraude, l'avarice ou la prévention la plus inexcusable;*

Ou le juge a fermé les yeux à l'évidence, repoussé la preuve certaine de l'insolvabilité, foulé aux pieds la notoriété publique qui lui a été signalée. On admettra alors qu'il a agi *gratia, inimicitia vel sorde,* et la prise à partie l'atteindra dans toutes ses conséquences, car il aura commis sinon un dol, au moins une véritable fraude rentrant dans les faits spécifiés par l'article 505.

468. — La prise à partie peut s'adresser à un seul juge, comme à une section d'un tribunal ou d'une cour, comme au tribunal ou à la cour

[1] T. II, p. 256.

tout entière. La doctrine et la jurisprudence sont, à cet égard, depuis longtemps fixées.

Quelques difficultés s'étaient d'abord élevées à l'endroit des officiers du ministère public. L'article 505, disait-on, autorise la prise à partie contre le juge taxativement; or, les magistrats du parquet ne sont pas des juges dans l'acception ordinaire du mot. Ils sont donc en dehors des atteintes de cette disposition.

On a voulu ensuite considérer ces mêmes magistrats comme des agents du gouvernement, et, en cette qualité, subordonner la poursuite, à leur égard, à l'obtention préalable de l'autorisation prescrite par l'article 75 de la constitution de l'an VIII.

Mais ces prétentions n'ont pas tardé à être universellement repoussées. Ainsi, il est aujourd'hui reconnu que tous les membres de la magistrature sont compris sous la dénomination générique de juges; que l'autorisation du conseil d'État ne peut concerner que les fonctionnaires de l'ordre administratif; qu'elle ne saurait donc être requise lorsqu'il s'agit d'un membre du corps judiciaire; qu'en conséquence la prévarication d'un officier du ministère public autorise la prise à partie comme s'il s'agissait de tout autre magistrat.

Il résulte de ce que nous venons de dire que l'inapplicabilité de l'article 1382 du Code civil est exclusivement attachée à l'exercice des fonctions que la loi confère à la magistrature. De là cette conséquence : que l'absence de la qualité de magistrat dans la personne, ou le défaut d'attribution dans l'acte, rend la prise à partie parfaitement inutile. On recourt, dans l'un et l'autre cas, aux principes ordinaires en matière de fait dommageable.

469. — Cette observation est importante lorsqu'il s'agit de la poursuite à exercer contre les arbitres.

En ce qui les concerne, il faut distinguer s'ils ont agi comme arbitres forcés ou comme arbitres volontaires.

Les premiers sont institués par la loi; ils ont même exclusivement compétence pour décider en premier ressort les difficultés naissant entre associés. Ils sont donc de véritables juges, malgré qu'ils soient désignés par les parties. En effet, cette désignation ne fait que leur conférer la faculté d'exercer les attributions qu'ils puisent en entier dans la loi.

Les seconds, au contraire, reçoivent tout des parties, désignation et attribution. Ils n'ont de pouvoirs que ce qu'il plaît à celles-ci de leur conférer, et ce caractère, essentiellement privé, enlève à leurs fonctions toute assimilation possible avec celles de magistrat.

Cette différence dans la constitution des uns et des autres entraîne, comme conséquence : que les arbitres forcés sont assimilés aux juges qu'ils remplacent, et que, participant aux mêmes devoirs, ils sont protégés par les mêmes garanties. Dès lors, le dol, la fraude qu'ils auraient commis, le refus qu'ils auraient fait de juger doit être réprimé par la prise à partie, alors même que les parties leur auraient conféré la qualité d'amiables compositeurs [1]. Ce caractère a pour unique résultat de les affranchir de la rigueur des formes. Il ne leur enlève rien de leur compétence exclusive et de la nécessité qui a contraint les parties d'invoquer leur ministère.

La prévarication ou le refus de juger, de la part d'arbitres volontaires, ne pourrait autoriser une procédure en prise à partie. Le préjudice souffert donnerait lieu à la poursuite d'une réparation par les voies ordinaires et par l'application de l'article 1382.

470. — L'effet de la prise à partie doit être apprécié dans chacune des deux périodes qui en signalent la procédure, à savoir : après l'admission de la requête; après la décision définitive.

L'admission de la requête place le juge dans un état de suspicion légale, du moins pour tout ce qui peut directement ou indirectement intéresser le demandeur en prise à partie. Cette circonstance indique assez que cette admission doit être non une formalité indifférente, mais la conséquence d'un examen sévère et consciencieux. Dès lors le jugement qui la consacre donne au reproche un caractère de vraisemblance qu'il était du devoir de la justice du législateur de ne pas négliger.

De là la disposition de l'article 514, suivant laquelle le juge pris à partie doit s'abstenir de la connaissance du différend et de toutes les causes que la partie, ses parents en ligne directe ou son conjoint pourront avoir dans son tribunal, à peine de nullité du jugement.

La nature de cette prohibition a été nettement formulée dans l'exposé des motifs du Code. Elle est d'ordre public. Conséquemment, il n'est pas au pouvoir des parties de la faire disparaître; et le jugement auquel le juge pris à partie aurait concouru, du consentement exprès de la partie intéressée, ne devrait pas moins être annulé.

471. — L'admission de la requête reste sans influence sur la décision à l'occasion de laquelle

[1] Cass., 7 mai 1817.

l'action de prise à partie est invoquée. On ne peut donc en arrêter ni en suspendre l'exécution.

472. — L'arrêt définitif qui consacre le bien fondé de la prise à partie motive contre le juge une condamnation pécuniaire, indépendamment des peines disciplinaires dont il peut être atteint. L'allocation accordée au demandeur doit être le juste équivalent du préjudice qu'il a été dans le cas d'éprouver.

Mais quelle est l'influence que cet arrêt exerce sur le jugement qui a motivé la prise à partie ?

Poncet [1] enseigne que ce jugement non acquiescé, ainsi que tous les actes d'instruction argués, sont annulés; Pigeau veut aussi que la décision sur la prise à partie rétroagisse sur le jugement et en infirme l'autorité, soit parce que si la partie eût connu le dol du juge, elle eût pu le récuser, et, dans ce cas, le jugement eût été suspendu, ou, s'il eût été rendu, elle aurait pu l'attaquer par appel pour vice de formes, ou par requête civile pour violation des formes; soit parce que le juge, légalement pris à partie, doit être considéré comme n'ayant pas pris part au jugement ou à l'arrêt qui peut ainsi ne plus présenter le nombre de juges exigés par la loi.

Ces solutions ne sont pas admissibles. Le délai d'appel court du jour de la signification, sauf l'exception prévue par l'article 448 du Code de procédure civile. Or, ce délai expiré, le jugement est à l'abri de toute attaque par les voies ordinaires. La prise à partie, réussissant à cette époque, ne pourrait donc donner lieu qu'à la requête civile.

Mais nous avons vu que cette voie d'attaque n'est ouverte dans l'hypothèse de dol que pour le dol personnel à la partie. Ce principe admis par la loi reçoit inévitablement son application au dol du juge qui n'est, quant à ce, qu'un véritable tiers. Dès lors il doit en être comme pour le dol commis par le tiers, et la partie qui ne répond nullement du fait de celui-ci, fût-il son parent, son ami le plus intime, ne saurait être tenue du fait de son juge.

La maxime *factum judicis, factum partis* n'a été faite qu'en vue des conséquences que peut entraîner l'erreur involontaire du juge dans l'exercice de ses fonctions. Le dol ne rentrera jamais dans cet exercice, et la partie, qui n'a pu le prévoir ni l'empêcher, ne saurait en subir les atteintes.

[1] *Des jugements*, t. II, p. 402.

Il est vrai qu'en définitive elle profite d'un avantage qui ne lui était pas dû. Mais cet avantage, au moyen de la condamnation prononcée contre le juge prévaricateur, est pris aux dépens de celui-ci. Or, ce résultat n'a rien de condamnable aux yeux de la justice, puisque celui qu'il atteint se trouve la victime de sa propre turpitude.

473. — Notre solution suppose que la partie qui profite du jugement n'a aucune part dans le fait du juge. Elle ne serait donc pas suivie, s'il était prouvé que le dol de celui-ci a été inspiré, provoqué ou concerté. La complicité de la partie ferait considérer le dol comme lui étant personnel et l'obligeant, dès lors, à en supporter toutes les conséquences.

Mais, dans ce cas même, la nullité du jugement ne pourrait être prononcée comme accessoire de la décision consacrant la prise à partie. L'instruction de celle-ci n'appelle devant la justice que le demandeur et le juge; l'autre partie ne pourrait donc être condamnée, car elle n'a pas été ni dû être entendue. Le devoir de celui qui a acquis la preuve de la complicité de son adversaire dans le dol du juge serait donc de poursuivre l'appel s'il était encore dans les délais, ou la requête civile. Cette poursuite, indépendante de celle de la prise à partie, pourrait se réaliser concurremment avec celle-ci ou après elle, les délais de la requête civile ne courant que du jour où la preuve de la complicité a été acquise.

Hors le cas de complicité, le jugement profiterait donc à celui qui l'a obtenu. A l'abri de toute attaque par les voies ordinaires et extraordinaires, rien ne peut lui faire perdre l'autorité que le respect de la chose jugée lui imprime.

474. — Le juge condamné sur la prise à partie peut être tenu au payement des causes de la condamnation, même par la voie de la contrainte par corps. L'article 126 du Code de procédure civile est ici parfaitement applicable; et, loin de trouver dans la qualité de juge un motif de ne pas user de la faculté qui leur est laissée, les magistrats doivent puiser dans cette qualité même la conviction que cette faculté devient un devoir dans une pareille circonstance. Il importe, en effet, que la magistrature sévisse avec la plus grande sévérité contre des actes qui s'attaquent à sa propre dignité et dont il lui faut soigneusement prévenir le retour. Ajoutons que, s'il était possible que le dol et la fraude fussent excusables, ils ne le seraient jamais dans la personne d'un magistrat institué pour les réprimer.

SECTION V.

DOL IMPUTABLE AUX OFFICIERS MINISTÉRIELS.

SOMMAIRE.

475. — Matière de la section.
476. — Responsabilité des notaires.
477. — Son principe, son étendue.
478. — Faute lourde assimilée au dol.
479. — Faute sans influence sur la validité de l'acte, son caractère, ses effets.
480. — *Quid* du notaire agissant comme mandataire de la partie?
481. — Faute entraînant la nullité de l'acte.
482. — Est-elle constituée par l'erreur de droit?
483. — Arrêt négatif de la cour d'Orléans.
484. — Caractère de cet arrêt.
485. — Moralité de la responsabilité dans le cas d'erreur grave sur le droit.
486. — Dans tous les cas, l'ignorance du notaire n'est excusable que si la bonne foi est démontrée.
487. — Effets de la faute déterminant la nullité.
488. — Arrêt de la cour de cassation décidant que les notaires ne sont pas de plein droit responsables de la nullité.
489. — Critique de cet arrêt.
490. — Quelle est la quotité des dommages-intérêts à allouer?
491. — Le notaire est garant de l'individualité des parties.
492. — *Quid* de leur capacité?
493. — La preuve que le notaire connaissait l'incapacité le constituerait en état de dol.
494. — Étendue de la responsabilité de l'avoué.
495. — Principes sur lesquels elle repose.
496. — Aux termes des articles 132 et 1031 du Code de procédure civile, l'avoué répond même de la faute légère.
497. — Dans quelles circonstances devra-t-on appliquer cette responsabilité?
498. — L'avoué répond des personnes qu'il s'associe ou qu'il se substitue dans l'exercice de ses fonctions. — *Quid* de l'huissier?
499. — Dans quelles circonstances et à quelles conditions l'avoué peut-il être condamné à des dommages-intérêts?
500. — Répond-il des conséquences du conseil qu'il a pu donner?
501. — L'avoué peut-il être personnellement condamné, soit aux frais, soit aux dommages-intérêts, sans avoir été mis en cause?
502. — L'huissier étant comme l'avoué le mandataire de la partie, le législateur lui a rendu commune l'application des articles 232 et 1031 du Code de procédure civile.
503. — La condamnation de l'huissier aux frais de l'acte nul est-elle facultative pour les juges?
504. — L'huissier n'est tenu que de son fait personnel. — Importance de ce principe pour les relations des huissiers avec l'avoué.
505. — Pigeau et Demiau-Crouzilhac enseignent que l'huissier ne répond pas de l'acte qu'il signifie mais que l'avoué a rédigé. — La cour de cassation décide le contraire.
506. — Assentiment de Chauveau.
507. — Cas divers d'application de la responsabilité de l'huissier.
508. — Autres cas dans l'hypothèse des nullités intrinsèques.
509. — L'huissier ne doit pas être condamné sans être entendu.
510. — Durée du mandat de l'huissier.
511. — Observations communes aux avoués et aux huissiers.

475. — Nous aurions maintenant à nous occuper du dol que l'exécution des jugements peut offrir, mais les principes généraux qui précèdent suffisent pour déterminer les obligations et les droits que ce dol imposerait aux parties.

C'est aussi par les principes généraux, sur la responsabilité des officiers ministériels, que nous établirons quelle serait leur position à l'égard des parties. Cette tâche serait fort ennuyeuse si nous descendions dans l'examen de toutes les espèces qui se sont présentées. Nous ne recourrons donc aux spécialités que lorsque leur secours nous paraîtra indispensable pour faire comprendre le principe général que nous aurons à invoquer.

476. — Avant de parler de ce qui concerne les avoués et les huissiers, nous devons traiter une question que des événements à jamais déplorables rendent plus que jamais d'un puissant intérêt. Nous voulons parler de la responsabilité des notaires. Cette incursion, que nous ferons hors de la matière spéciale de cette section, nous sera d'autant plus pardonnée que, indépendamment du motif d'actualité, son objet tient essentiellement à notre matière générale. En effet, les notaires sont les instruments les plus ordinaires des transactions entre citoyens. Il n'est donc pas tout à fait hors de propos de rechercher la part qu'ils peuvent avoir dans les causes qui vicient ces conventions, et les conséquences que leur nullité doit avoir pour eux.

En principe, le notaire est tenu de son dol. En conséquence, celui qui par des moyens frauduleux aura cherché à tromper l'une des parties ou toutes deux, ou à favoriser l'une au détriment de l'autre, devra être condamné à réparer le préjudice qu'il aura causé.

L'action en réparation de ce préjudice constitue pour le notaire une véritable prise à partie; mais la loi qui trace les conditions et la forme de celle à diriger contre les magistrats se tait sur celle-ci. De ce silence il faut conclure qu'elle reste sous l'influence des principes et des formes ordinaires.

477. — C'est donc par application des articles 1382 et 1383 que le recours contre le notaire devra être résolu, et cette circonstance est

importante à noter lorsque les faits imputés ne constitueront pas un dol caractérisé.

Le dol, en effet, oblige immédiatement et directement à réparer les conséquences dommageables qu'il a entraîné. L'application de l'article 1382 ne rencontrera donc dans ce cas aucune difficulté.

478. — Mais il n'en est pas ainsi pour l'hypothèse que nous signalions tout à l'heure, à savoir : celle où les faits imputés ne constitueraient pas un dol caractérisé. L'article 1382 n'exige pas qu'il y ait dol, pas même faute grave : il punit la faute pourvu qu'elle ait été dommageable. Son application textuelle placerait donc le notaire dans la position d'être poursuivi même pour sa faute légère. Il a donc fallu tout d'abord rechercher si cette application textuelle entrait dans les vœux du législateur.

Or, la doctrine et la jurisprudence sont depuis longtemps fixées. La seule faute imputable au notaire est la faute lourde, celle qui peut et doit être assimilée au dol.

Nous retrouvons donc ici cette assimilation que nous repoussions naguère pour la prise à partie du juge. On trouve facilement le motif de cette différence, lorsqu'on réfléchit qu'en ce qui concerne le juge, cette assimilation était une aggravation de la responsabilité que l'article 505 lui impose ; tandis qu'elle agit en sens contraire à l'égard du notaire, puisque, par rapport à lui, elle modifie la rigueur du principe de l'article 1382.

Ainsi, le notaire ne répond que de sa faute lourde. Cela admis, on comprend que c'est sur les caractères du fait qui lui est reproché que devra se porter l'examen des magistrats.

Or, la faute reprochée au notaire peut porter sur un fait indépendant de la validité de l'acte ou sur l'inaccomplissement des formalités prescrites pour cette validité. Le préjudice peut donc se réaliser sans que l'acte soit annulé, ou n'être que la conséquence de son annulation. La gravité de la faute repose sur des éléments différents, selon qu'il s'agisse de l'un et de l'autre.

479. — 1° Faute indépendante de la nullité de l'acte.

Cette faute se réfère soit à la violation des devoirs que la loi impose aux notaires en leur qualité, soit à la négligence que le notaire a mise à remplir les obligations qu'il a contractées envers la partie.

Ainsi, la loi fait un devoir au notaire de prêter son ministère lorsqu'il en est également requis ; elle l'oblige de retenir et de conserver la minute de ses actes, d'en délivrer de expéditions aux parties intéressées. Le notaire qui refuse son concours, celui qui n'a pas retenu ou qui a égaré la minute, celui qui refuse mal à propos une expédition commet une faute lourde, qu'on peut assimiler au dol avec d'autant plus de raison qu'il manque à un devoir positif. Il doit donc être condamné à réparer le préjudice que le simple retard et, à plus forte raison, que son refus absolu aurait occasionné [1].

Le notaire est tenu d'inscrire le nom des interdits sur le tableau prescrit par la loi et d'exposer ce tableau dans son étude. Le but de cette double précaution est de mettre chacun à même de connaître l'incapacité de celui avec qui on va contracter. L'omission des noms sur le tableau ou l'absence de publicité donnée à ce tableau constituerait également une faute lourde.

En un mot, toutes les fois que le notaire, par négligence, par impéritie ou par oubli, a omis d'exécuter les obligations que la loi lui impose, sa responsabilité se trouve engagée, sa faute est lourde, elle est assimilée au dol, elle en produit les conséquences.

480. — Le notaire ajoute à ses devoirs, lorsqu'il se constitue le mandataire de la partie, soit dans le placement d'une somme quelconque, soit pour la destination à donner aux sommes empruntées ou provenant d'un prix de vente. En cette qualité, il est garant de la solvabilité de l'emprunteur, de la légitimité des droits des créanciers qu'il désintéresse. On peut voir dans nos recueils de jurisprudence, et notamment dans le *Dictionnaire* de Dalloz jeune, au mot *Responsabilité*, les espèces nombreuses dans lesquelles ce principe a été appliqué.

Ce dont on pourra se convaincre, c'est que la sévérité des tribunaux semble s'accroître de jour en jour. On pourra déplorer un tel état des choses ; mais ce qui est vingt fois plus déplorable, c'est que cette sévérité ne soit que trop méritée par des excès inouïs. Sans doute il est encore des notaires dont la conduite commande et attire la considération et le respect, mais combien d'autres qui ravalent sans pudeur des fonctions que nos pères vénéraient à l'égal d'un sacerdoce. Il faut faire rendre le plus possible à la marchandise qu'on a payée fort cher, et ce besoin, et ce désir immodéré de faire fortune qui pousse notre siècle, fait souvent fermer l'oreille aux conseils de la prudence. Puisse la juste rigueur de la magistrature prévenir les scandaleux désordres qui éclatent de toute part pour le malheur des populations indignées et rappeler le notariat

[1] Riom, 28 février 1825 ; Bourges, 17 juin 1829.

dans ces voies de probité, de délicatesse et d'honneur qui le signalèrent pendant si longtemps à l'estime et à la vénération publiques.

481. — 2° Faute entraînant la nullité de l'acte.

La nullité d'un acte peut résulter de l'erreur commise sur le droit des parties ou de l'omission d'une des formalités essentielles pour sa validité. Dans le premier cas, la nullité est intrinsèque; elle est extrinsèque dans le second.

482. — L'erreur sur le droit peut constituer une faute excusable ou tellement légère qu'il ne serait pas juste d'en rendre le notaire responsable. Elle sera évidemment telle lorsque le notaire, appréciant la position des parties au point de vue légal, a eu des raisons plausibles de croire de bonne foi à la réalité du système qu'il a préféré.

483. — La cour d'Orléans a été plus loin encore : elle a jugé que la faute commise par ignorance et de bonne foi ne pouvait engager la responsabilité du notaire. Elle a, en conséquence, renvoyé d'instance un notaire poursuivi pour avoir reçu une constitution d'hypothèque générale sur les biens d'une femme qui ne pouvait concéder qu'une hypothèque spéciale [1].

484. — Mais nous ne saurions voir dans cette décision qu'un arrêt d'espèce. Que, s'en référant aux circonstances de la cause, la cour d'Orléans n'ait vu dans le fait du notaire qu'une faute légère non susceptible d'engager sa responsabilité, c'est ce qu'elle a pu légalement faire, puisque la loi abandonnait souverainement à son appréciation les caractères de la faute imputée. Elle a pu dès lors, usant de son pouvoir discrétionnaire, juger que l'ignorance du notaire se justifiait par des raisons plausibles. Sous ce rapport, l'arrêt est irréprochable.

485. — Il n'en serait pas de même si, abstraction faite des faits, la cour eût proclamé en principe que l'ignorance du notaire de bonne foi ne saurait jamais engager sa responsabilité. La justice et la raison elle-même eussent, dans bien des cas, protesté contre ce principe.

En effet, le ministère du notaire est obligé pour les parties contractantes, comme pour lui-même, lorsqu'il faut imprimer à la convention un caractère d'authenticité. Les citoyens obéissent donc à la nécessité, lorsqu'ils se présentent devant lui. En revanche, ils sont en droit d'espérer trouver en lui un secours suffisant pour les diriger, puisque l'institution qu'il a reçue le leur désigne comme capable. Faudra-t-il donc qu'elles soient exclusivement punies d'une impéritie qu'elles ne pouvaient soupçonner et à laquelle il ne leur a pas été donné de pouvoir se soustraire?

L'équité et la raison répugnent à un pareil résultat; entre le notaire et la partie, il n'y a pas à hésiter; car le premier a au moins le tort grave d'avoir accepté des fonctions dépassant sa capacité et son intelligence. Il semble donc qu'on devrait admettre, avec Armand Dalloz [2], qu'un notaire ne peut, sans en encourir la responsabilité, agir directement contre la loi; par exemple, attribuer, dans une liquidation, à l'une des parties ce qu'un texte précis, incontesté de la loi, un texte applicable, sans aucun doute, à l'affaire dont il s'agit, attribue à une autre partie. Dans de telles circonstances, poursuit ce jurisconsulte, l'ignorance de la loi, en supposant qu'il n'y ait point de dol, semblerait, par elle-même, une faute assez lourde pour déterminer l'application de l'article 1382.

Il est vrai que les parties elles-mêmes sont censées connaître la loi. Mais cette présomption a bien plus de poids contre le notaire, dont les obligations consistent non-seulement à la connaître, mais encore à la faire exécuter; cela est vrai surtout lorsqu'il s'agit de personnes ignorant de fait ce qu'elles sont en droit supposées connaître et qui s'en sont référées au notaire comme à l'arbitre spécial que la loi elle-même leur indiquait.

L'ignorance assez grave pour faire adopter ce qui était absolument proscrit par la loi, et déterminer ainsi la nullité de son acte, est donc pour le notaire une faute inexcusable. Mais ce caractère est susceptible de se modifier par les circonstances, par l'exigence des parties que le notaire a dû subir. Dans tous les cas, c'est au notaire attaqué à faire la preuve qu'il n'a agi que par des motifs plausibles ou qu'il a subi une volonté à laquelle il ne pouvait se soustraire.

486. — Au reste, dans le système même que nous combattons, l'ignorance du notaire ne serait excusable que s'il a agi avec bonne foi. C'est donc à lui qu'il appartient de justifier cette bonne foi dont il excpe. Mais on la présumerait si la question tranchée par le notaire n'était pas nettement fixée par un texte précis et formel; si, livrée à la controverse, elle avait été diversement résolue par la doctrine et par la jurisprudence. Il est évident qu'en pareille occurrence le notaire ne pouvait qu'opter entre deux solutions, et qu'en s'arrêtant à celle qui lui a paru la plus

[1] 26 janvier 1839, D. P., 39, 2, 86.

[2] *Dictionnaire*, v° *Responsabilité*, n° 281.

probable, il n'a pu commettre une faute engageant sa responsabilité, à moins, cependant, qu'il n'ait agi de mauvaise foi, ce que le demandeur serait seul tenu de prouver [1].

487. — Les nullités extrinsèques de l'acte, c'est-à-dire celles résultant de l'omission ou de l'irrégularité des formes prescrites, engagent plus immédiatement la responsabilité du notaire. Ici, suivant l'expression de la cour d'Orléans, l'impéritie lui est directement imputable, parce qu'il a manqué à la mission spéciale que la loi lui a confiée ; parce qu'il y a ignorance de ce que le notaire doit savoir. D'où la cour d'Orléans conclut que le notaire, chargé d'accomplir les formes extrinsèques des actes, est *nécessairement* responsable des erreurs provenant de son fait, qui vicient l'acte dans sa forme et lui ôtent la force probante qu'il devait lui donner.

488. — Cette conclusion toute logique n'est pas consacrée par la cour de cassation. Un arrêt qu'elle a rendu le 27 novembre 1837 décide, en effet : qu'aux termes de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, nullement abrogée par les articles 1382 et 1383 du Code civil, les notaires ne sont pas de plein droit et d'une manière absolue responsables de la nullité pour les omissions ou irrégularités qu'ils commettent lors de la rédaction de leurs actes ; que cet article ne les assujettit à des dommages-intérêts que *s'il y a lieu*. D'où il suit que la déclaration de nullité d'un acte n'entraîne pas *nécessairement* la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité; qu'en cette matière, les dommages-intérêts et leur quotité dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochée au notaire et sont subordonnés à l'appréciation équitable des tribunaux [2].

Dans l'espèce de cet arrêt, le notaire, ayant omis de faire approuver les renvois mis à la suite d'un testament, était cité pour répondre des conséquences de l'annulation qui en avait été prononcée. La cour de Lyon l'avait condamné aux dépens pour tous dommages-intérêts. C'est le rejet du pourvoi formé contre cet arrêt que la chambre des requêtes prononçait sur les motifs que nous rappelons.

489. — Quelque profond que soit notre respect pour les hautes lumières de la cour régulatrice, nous ne craignons pas de le dire, son arrêt est loin de nous paraître irréprochable, soit comme principe général, soit comme application à l'espèce particulière.

Peut-on, en effet, appliquer l'article 68 de la loi de ventôse à toutes les irrégularités que les notaires peuvent commettre? C'est ce que cet article lui-même ne permet pas de décider. *Tout acte*, porte l'article, *fait en contravention aux dispositions contenues aux articles* 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 *et* 67, *est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties ; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée, sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire.*

Ce texte est trop clair pour donner matière à controverse. Aucun des articles qui y sont relatés ne prononce taxativement sur le sort des actes reçus au mépris de leur disposition. Ce n'est donc qu'en recourant à l'article 68 qu'on pourra faire prononcer qu'ils sont nuls ou qu'ils ne doivent être considérés que comme écrits sous signature privée. D'où la conséquence que toutes les fois qu'on sera obligé de faire appel à cet article, pour anéantir ou affaiblir l'autorité de l'acte, on se trouvera forcément régi par sa disposition, quant aux conséquences de l'atteinte qu'il inflige au contrat.

Mais lorsque la nullité de l'acte résulte d'une disposition formelle de la loi, que cette disposition n'est pas dans la catégorie de celles que l'article 68 énumère, n'est-ce pas uniquement par cette disposition que les conséquences de la nullité devront être régies? Mais alors on ne comprendrait pas si le législateur a voulu faire, de la disposition de l'article 68, une mesure générale et absolue, qu'au lieu de rappeler quelque texte, il n'ait pas dit : Dans tous les cas où les actes seront annulés, le notaire sera condamné, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts.

Nous ne devons donc pas perdre de vue le caractère de spécialité que le législateur a imprimé à sa disposition et qui la rend inapplicable aux cas non prévus. Ainsi l'article 16, par exemple, défend les surcharges, additions et interlignes, dont il prononce la nullité, indépendamment d'une amende de 50 fr., ainsi que des *dommages-intérêts des parties*. L'article 18 prescrit l'exposition du tableau des interdits sous peine des *dommages-intérêts des parties;* l'article 23 prohibe de donner expédition ou de laisser prendre connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées, à peine des *dommages-intérêts*. Aucun de ces articles n'ajoute *s'il y a lieu*,

[1] Agen, 16 août 1836; Douai, 2 janvier 1837; D. P., 38, 2, 161.

[2] D. P., 37, 1, 465.

et cependant l'article 16 est incontestablement relatif à la forme matérielle des actes.

L'adjudication des dommages-intérêts n'est, dans aucun de ces cas, une pure faculté. L'absence de toute restriction indique qu'il y a nécessité de la prononcer, par cela seul qu'on viole l'un ou l'autre de ces articles. L'article 68 ne serait applicable que si ces articles figuraient dans le nombre de ceux qu'il énumère. Prononcer cette application, malgré leur omission, c'est donc méconnaître leur disposition, c'est ajouter à l'article 68 lui-même ; en d'autres termes, c'est violer doublement la loi.

En dernière analyse, lorsque l'acte sera annulé ou que son autorité sera affaiblie par l'application de l'article 68, les dommages-intérêts ne seront prononcés que si la faute du notaire est jugée importante et grave. Mais lorsque la nullité et les dommages-intérêts seront réclamés en vertu d'une autre disposition, c'est uniquement sous l'influence de celle-ci que la faute du notaire devra être appréciée, et si elle adjuge les dommages sans restriction, on conclura que la faute est de plein droit considérée comme lourde ; le notaire sera nécessairement responsable.

Or, dans l'espèce jugée par la cour de Lyon, il ne s'agissait de la violation d'aucun des articles rappelés par l'article 68. Le notaire avait contrevenu à la disposition de l'article 15, et avait ainsi déterminé l'annulation des renvois non approuvés. L'obligation du notaire était donc régie par cet article 15 et par l'article 16. Il semble dès lors que la cour de cassation ne devait pas appliquer l'article 68, ni convertir en faute légère ce qui est une faute lourde aux yeux de la loi.

490. — Dans tous les cas, et alors même que la cour de cassation aurait sainement appliqué la loi, tout ce qu'il faudrait en conclure, c'est que les tribunaux ont la faculté de rechercher si, en principe, il est dû ou non des dommages-intérêts. Mais cette faculté comprend-elle, l'opportunité et la nécessité d'une allocation étant admises, celle de déterminer arbitrairement la quotité à allouer?

Nous distinguons entre le préjudice matériel et le préjudice moral. Celui-ci est essentiellement d'appréciation et ne reconnaît d'autres éléments que l'opinion du juge. Il est dès lors certain que les tribunaux ont le droit exclusif d'en déterminer la nature et de fixer la quotité des dommages-intérêts.

Mais il ne saurait en être de même pour le préjudice matériel, et cela par l'excellente raison que la loi s'en est formellement expliquée. Les dommages-intérêts, dit l'article 1149, sont de la perte que le créancier a faite et du gain dont il a été privé. Que la quotité de celui-ci soit discrétionnairement fixée par le magistrat, nous le comprenons sans peine, car le gain demeurera dans le futur contingent, et, quelque probable qu'il soit, il n'existe réellement pas tant qu'il n'est pas acquis.

Mais la perte éprouvée est un fait matériel, certain, réalisé, dont la preuve résulte même quelquefois de l'acte annulé, le legs, par exemple, d'une somme de mille francs qui aurait été fait par un renvoi au testament. L'annulation de ce renvoi, pour omission d'une approbation valable, constitue pour le légataire une perte bien positive de mille francs. La seule réparation indiquée par la justice sera évidemment celle qui lui fera récupérer cette somme.

Qu'en vertu de leur droit souverain d'appréciation les tribunaux déclarent que le notaire est excusable, que sa responsabilité n'est pas engagée, qu'ils n'allouent en conséquence aucuns dommages-intérêts, on le comprendrait. Mais qu'après avoir constaté la faute et décidé que le notaire doit une réparation, on n'accorde que les dépens de l'instance, ou même qu'une somme moindre que celle que le demandeur a réellement perdue, c'est ce qui nous paraît inconciliable avec la disposition de l'article 1149 [1].

Il est un seul cas dans lequel un pareil système pourrait être rationnel et légal, à savoir : si la faute étant commune aux deux parties, le juge a dû déterminer la part de responsabilité que chacune d'elles doit encourir. Mais lorsque la faute n'est que d'un seul côté, comme lorsqu'il s'agit de la nullité totale ou partielle d'un testament, la peine ne saurait en être partagée dans une proportion quelconque. L'indulgence pour l'un peut devenir une injustice pour l'autre, et cependant, selon l'expression d'un célèbre magistrat, il n'y a pas à hésiter entre celui qui n'a fait même que se tromper et celui qui souffre.

491. — Le notaire est garant de l'individualité des parties. A défaut de connaissance personnelle suffisante, il doit faire constater cette individualité par deux témoins spéciaux. La négligence qu'il aurait mise à l'accomplissement de ce devoir constituerait une faute lourde, des conséquences de laquelle il devrait répondre.

492. — Répond-il également de leur capacité? On induit la négative de l'obligation dans laquelle se trouve le notaire de prêter son ministère lorsqu'il en est légalement requis; du silence gardé par la loi spéciale sur cette capa-

[1] Cass., 1er juin 1840; D. P., 41, 1, 209.

cité ; de ce que, pour les interdits eux-mêmes, ses devoirs se bornent à porter leurs noms sur le tableau et à exposer ce tableau dans son étude ; enfin de ce que l'engagement pris par l'incapable est susceptible de ratification, ce qui prouve que la loi n'a pas entendu l'empêcher de contracter d'une manière absolue. On ajoute que chacun doit connaître d'ailleurs la condition de celui avec qui il traite, qu'ainsi la faute commise à cet égard est bien plutôt imputable à la partie qu'au notaire.

Ces considérations nous paraissent décisives. Aussi n'hésitons-nous pas à admettre l'absence de toute responsabilité toutes les fois que le capable a traité directement avec l'incapable ; les devoirs du notaire ne peuvent pas être de se livrer à des recherches qu'il doit supposer avec raison avoir été faites par la partie intéressée. L'assentiment de celle-ci a dû prévenir même le soupçon.

Nous ferons cependant remarquer que la loi ne fait pas du notaire un instrument passif ; qu'à côté des devoirs positifs qu'elle lui impose, il est des devoirs moraux qui l'assujettissent au même titre. Il manquerait gravement à ceux-ci si, connaissant l'incapacité de l'une des parties, il ne faisait pas à l'autre les observations pouvant lui faire reconnaître son erreur. Ainsi le silence qu'il aurait gardé l'obligerait à réparer le préjudice souffert par celle-ci, si l'on prouvait que l'incapacité de l'autre lui était parfaitement connue, s'il n'avait pu l'ignorer.

Il y a même plus, si le notaire acquiert ou a la conviction qu'une partie n'est pas en état de comprendre la portée de son engagement et de donner un consentement sérieux et éclairé, il doit refuser de prêter son ministère à un acte qui ne peut réellement exister sans ce consentement.

Ce devoir devient bien plus étroit encore lorsque l'acte qu'on sollicite de lui est de nature à compromettre des tiers non présents, comme, par exemple, une procuration donnée par l'incapable à l'effet d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles.

Dans cette hypothèse, celui qui traite directement avec l'incapable n'a qu'un seul intérêt, celui de déguiser l'incapacité. Le notaire doit donc redoubler de vigilance. Toute négligence acquerrait le caractère de faute lourde. Le tiers, victime de la procuration, obtiendrait donc un recours utile contre le notaire, en prouvant, par exemple, que celui-ci a pu facilement se convaincre de l'état mental du constituant.

493. — La preuve que le notaire connaissait l'incapacité, et qu'il a cependant reçu la procuration, constituerait à sa charge un dol réel et certain. L'obligation de réparer le préjudice en résultant serait de plein droit admise.

Cette double preuve peut être faite par témoins ; elle peut dès lors résulter aussi d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes. L'une et l'autre amenèrait à un résultat identique, la responsabilité du notaire.

C'est ce que la cour d'Aix a taxativement jugé sur ma plaidoirie, le 23 avril 1847 [1].

494. — La responsabilité de l'avoué est plus large que celle du notaire. Officier public comme celui-ci, il est de plus, et dans tous les cas, mandataire, et mandataire salarié [2] de la partie. La permanence de ce caractère produit un effet analogue à celui que nous lui avons vu produire pour le notaire, lorsque celui-ci l'accepte incidemment.

Dès lors, comme tout citoyen, l'avoué répond de son dol ; comme officier public, il répond de sa faute ; comme mandataire, il répond de la négligence qu'il a mise dans l'exécution de la mission qui lui est confiée.

495. — Cette triple responsabilité résulte non pas seulement des principes généraux du droit, mais encore de dispositions spéciales que la loi a cru devoir consacrer. Prévoyant tous les cas possibles, même celui où obéissant à un sentiment d'avidité, heureusement fort rare, l'avoué se préoccuperait beaucoup plus de ses propres intérêts que de ceux dont il a accepté la défense, elle a voulu les atteindre tous d'une manière nette et précise.

496. — De là les articles 132 et 1031 du Code de procédure civile. L'avoué qui a excédé les bornes de son ministère, celui qui aura fait des actes ou une procédure nulle ou frustratoire, ou ayant donné lieu à l'amende, devra en supporter personnellement les dépens. Il pourra en outre, suivant l'exigence des cas, être passible des dommages-intérêts de la partie, et même être suspendu de ses fonctions.

Ainsi la loi n'admet plus l'excusabilité pour la faute légère. Elle est punie par la condamnation aux frais des actes nuls ou frustratoires. Elle laisse, pour la faute lourde et pour le dol, une large part à l'appréciation des magistrats, qui peuvent les punir sévèrement par une allocation pécuniaire, par une peine de discipline.

497. — Mais plus une loi est sévère et plus

[1] Arrêt d'Aix, 23 avril 1847.

[2] *Vid.* art. 1992 du Code civ.

on doit se montrer jaloux d'en renfermer l'application dans ses justes limites. Conséquemment la responsabilité de la faute ne devra être appliquée à l'avoué qu'à la condition que l'acte imputé ne puisse se justifier par des raisons plausibles ; que le fait reproché émane directement de lui.

Or la première condition n'existerait pas si l'avoué, placé entre deux opinions également probables, s'était prononcé pour celle qu'il a considérée comme la plus légitime, si cette option s'est réalisée sans dol ni fraude ; tel serait, par exemple, le cas où la nullité résulterait de l'inobservation d'une formalité à l'égard de laquelle la jurisprudence est incertaine et la doctrine divisée [1].

D'autre part, l'avoué serait sans reproche si l'acte lui avait été remis tout rédigé par la partie [2], ou que la signification n'en eût été faite que sur la réquisition expresse de celle-ci [3] ; dans l'un comme dans l'autre cas, l'acte n'est plus le fait direct de l'avoué, qui a dû le faire malgré son opinion même, car, mandataire du client, il est forcé d'obéir à la volonté expressément manifestée par celui-ci.

498. — L'avoué est responsable, comme de son fait direct, des personnes qu'il s'associe ou qu'il se substitue dans l'exercice de ses fonctions. Mais cette responsabilité cesse pour tous les actes pour lesquels, n'ayant ni attribution ni caractère, il est forcé de s'adresser à d'autres qu'à lui-même. C'est ainsi que la nullité d'un exploit confié à un huissier ne saurait être attribuée à l'avoué qui l'a choisi. L'huissier, en effet, est, pour tous les actes qu'il fait, présumé le mandataire direct de la partie. La faute qu'il commet lui est donc exclusivement imputable, seul il en supporte les conséquences. La responsabilité de l'avoué se restreint dans les faits rentrant dans ses attributions et dont il est tenu, alors même qu'il justifierait que la faute provient d'un tiers auquel il s'en est rapporté [4]. Cette obligation est la conséquence de la liberté qu'il avait de ne pas se confier à une personne ignorante ou incapable. Or, cette liberté n'existe pas lorsque le ministère de l'huissier est indispensable.

Au reste, il est quelquefois difficile de déterminer à qui, de l'avoué ou de l'huissier, incombe la responsabilité d'une faute. Nous aurons bientôt occasion de nous livrer à cette recherche. Nous nous bornerons en ce moment à rappeler une distinction qui domine la matière : à l'avoué, la responsabilité de ce qui tient à la direction de la procédure ; à l'huissier, la responsabilité de ce qui concerne taxativement l'exploit ou l'exécution du jugement.

499. — Pour que l'avoué puisse être condamné à des dommages-intérêts, il faut : 1° qu'il soit convaincu d'une faute lourde ; 2° que cette faute ait occasionné un préjudice. C'est à cette double éventualité que s'applique la restriction de l'article 1031 : *Suivant l'exigence du cas.* C'est donc au demandeur à prouver l'existence de la faute, celle du préjudice.

La faute lourde peut être prouvée par l'acte qu'on reproche à l'avoué d'avoir fait, ou de s'être abstenu de faire. L'impéritie qui porte l'avoué à faire un acte contraire à la loi, ou à omettre une formalité indispensable dans l'intérêt qu'il défend, est susceptible à elle seule de constituer une faute lourde, donnant lieu à des dommages-intérêts.

Ainsi, la cour d'Aix a jugé, le 17 juin 1828, qu'il doit être prononcé des dommages-intérêts contre l'avoué par la faute duquel un appel aurait été déclaré nul comme prématurément réalisé, alors même que le client lui a laissé l'acte d'appel tout rédigé, mais avec la date en blanc, et avec l'intention que la signification n'eût lieu qu'en temps utile, intention résultant de ce que, quoique remis dans le mois où le jugement a été rendu, l'acte d'appel porterait à la date de ce jugement ces mots : rendu le... *du mois dernier,* expressions qui auraient été changées par l'avoué, ou son clerc, en celles-ci : *du mois courant* [5].

500. — On s'est demandé si, comme officier public, l'avoué devait répondre des conséquences des conseils qu'il a pu donner. La négative a été avec raison consacrée, car l'avoué ne saurait être considéré, quant à ce, que comme le serait une personne ordinaire. C'est ainsi que la cour de Caen a décidé, par arrêt du 16 mars 1842, qu'un conservateur des hypothèques n'a aucun recours contre l'officier ministériel sur les observations duquel il a mal à propos radié une inscription qui ne devait pas l'être.

L'arrêt ajoute : « Lorsque ces observations ont été faites de bonne foi, » et cette condition est aussi rationnelle que juste. Il est sensible, en effet, que l'avoué doit répondre des actes qu'il a obtenus par des moyens que la morale réprouve.

[1] Toulouse, 10 juin 1825.
[2] Caen, 27 mars 1813.
[3] Montpellier, 24 juin 1826.
[4] Carré, sur l'article 1031.
[5] D. P., 28, 2, 190.

Il répond notamment des frais d'un procès qu'il a insidieusement et de mauvaise foi fait soutenir. Mais, dans ce cas, le jugement qui le condamne doit, à peine de nullité, constater en fait et déclarer que le conseil a été donné insidieusement et de mauvaise foi [1].

501. — L'avoué peut-il être condamné soit aux frais, soit aux dommages-intérêts, sans avoir été mis personnellement en cause?

La négative ne saurait être contestée à l'endroit des dommages-intérêts; ils ne peuvent jamais être alloués que sur la demande formée par la partie. Or, comment supposer une demande contre une personne qui n'est pas présente, qui n'a pas même été appelée?

Mais, en ce qui concerne les frais, la jurisprudence de plusieurs cours et tribunaux consacre l'affirmative. Dans cette pratique, on condamne personnellement l'avoué aux dépens, par cela seul que la procédure est annulée par un fait qu'on déclare émaner de lui, ou que l'acte est reconnu frustratoire.

Nous ne saurions trop nous élever contre une pareille manière de procéder. Les frais mis à la charge de l'avoué sont une véritable peine, et l'équité exige qu'il n'en soit appliqué aucune sans que celui qui en est l'objet ait été mis à même de se défendre.

La jurisprudence que nous signalons viole donc le droit sacré de la défense, et cela d'autant plus mal à propos, que celle de l'avoué peut être de nature à l'absoudre complétement du tort apparent qui lui est imputé.

Nous avons dit, en effet, que l'avoué est excusable lorsque sa faute avait été déterminée par des raisons plausibles; qu'il n'avait même aucune faute à se reprocher lorsque, mandataire, il n'a fait qu'obéir à une injonction formelle du mandant, et ces excuses légales, il ne pourrait pas même les proposer!

Mais, dit-on, s'il en est ainsi, l'avoué aura un recours utile contre son client, qu'il fera condamner à l'indemniser. Nous convenons que l'avoué trouverait dans ce recours le moyen de faire disparaître le préjudice matériel. Mais le préjudice moral résultant d'une condamnation publiquement prononcée, comment l'effacer? Ne restera-t-elle pas consignée dans les minutes du greffe, cette condamnation qui flétrit l'avoué en le déclarant improbe ou ignare? Éloignée de la décision qui la rétracte, ne sera-t-elle pas exploitée par ceux qui auront intérêt à lui donner de la publicité?

[1] Cass., 13 juillet 1824; Montpellier, 11 mars 1842.

N'est-il donc pas plus juste, plus naturel d'attendre, pour condamner un officier ministériel, de l'avoir contradictoirement convaincu? Sans doute il ne faut pas que la faute de l'avoué reste impunie, mais les tribunaux ne peuvent d'office ordonner la réparation du préjudice, alors surtout que personne ne s'en plaint encore. Tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de mettre la partie intéressée à même d'obtenir la satisfaction qui lui est due. En conséquence, et tout en condamnant celle-ci, les magistrats doivent, s'ils le jugent possible, lui réserver son recours contre l'avoué pour tout ou partie des dépens. Ainsi mise en demeure d'exercer son droit, la partie aura à se pourvoir ainsi qu'elle avisera.

Chauveau ajoute une considération qui nous paraît d'une grande force. La loi a institué les deux degrés de juridiction en faveur de tous les justiciables. Personne ne peut être condamné par une cour, si déjà la condamnation n'a été prononcée par le tribunal inférieur. Cela est vrai pour les actions fondées sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, comme pour toutes les autres. Or, une cour qui condamne un avoué aux dépens le prive du premier degré, car sa décision est souveraine et ne peut plus être attaquée autrement que par le recours en cassation, qui n'est jamais suspensif.

Ainsi, violation du principe de la libre défense, violation du principe constitutif des deux degrés de juridiction, voilà le principe que nous combattons. Chauveau a raison, ce système n'est admissible que si l'on admet que, en acceptant ses fonctions, l'avoué s'est placé hors de la loi commune.

502. — Comme l'avoué, l'huissier est le mandataire de la partie pour laquelle il instrumente. Ses devoirs prennent leur origine dans des principes identiques, sa responsabilité est donc la même.

Aussi, la loi les a-t-elle confondus dans la disposition des articles 132 et 1031 du Code de procédure. Mais déjà, et dans l'article 71, la responsabilité de l'huissier avait été nettement formulée : *L'huissier peut être condamné aux frais de l'exploit ou de la procédure annulée, sans préjudice des dommages-intérêts de la partie, suivant les circonstances.*

503. — On a cru trouver dans cet article une preuve que la condamnation de l'huissier aux frais n'était qu'une faculté que le législateur abandonnait à la prudence des tribunaux, d'où l'on a conclu que l'huissier n'était obligatoirement tenu que de la faute lourde.

A notre avis, cette opinion est erronée. L'huis-

sier est mandataire salarié et, au point de vue de l'article 1992 du Code civil, il doit répondre même de sa négligence. L'article 71 n'a pu le dispenser d'une obligation imposée sur le même motif à l'avoué. La possibilité dont il s'y agit doit donc être interprétée dans le même sens qu'on lui donne dans l'article 132, et, ce qui le prouve, c'est que l'article 1031 fait un devoir de laisser à la charge des officiers ministériels les frais des actes ou procédures nulles ou frustratoires.

Les mots *pourront* des articles 71 et 132 ne peuvent, en présence de l'article 1031, s'entendre que de la faculté qu'ont les parties de faire condamner l'huissier. Ils ne peuvent signifier que la demande faite pourra être rejetée, car, dans ce sens, ces deux articles auraient été abrogés par le dernier, qui fait un devoir de ce dont ceux-ci auraient fait une simple faculté.

L'huissier est donc tenu même de la faute légère, avec cette seule différence que celle-ci ne l'expose qu'aux frais des actes nuls, tandis que le dol ou la faute lourde lui ferait encourir l'obligation de supporter les dommages-intérêts.

504. — Il importe de répéter ici ce que nous disions tout à l'heure pour l'avoué. L'huissier ne peut être tenu que de son fait personnel. Cette considération acquiert en ce moment une haute portée, car le ministère de l'huissier a de tels rapports avec celui de l'avoué qu'il est quelquefois difficile de distinguer la part que chacun a réellement prise au fait qualifié faute. C'est ainsi qu'on a eu à se demander si l'huissier répond de l'acte qu'il a signifié, mais que l'avoué lui a remis tout rédigé?

505. — Pigeau et Demiau-Crouzilhac soutiennent la négative. Ils enseignent qu'en pareil cas c'est l'avoué qui encourt la responsabilité. C'est ce qu'a aussi décidé la cour de Caen par arrêt du 27 mars 1813.

Mais la doctrine contraire, ayant été consacrée par la cour d'appel de Metz, a reçu la sanction de la cour de cassation. Celle-ci a pensé que la responsabilité d'un acte quelconque, quelle que fût la participation qu'un tiers y eût prise, appartenait exclusivement à l'officier ministériel dans les attributions duquel cet acte a été placé, et dont le ministère était indispensable [1].

506. — Cette solution, à laquelle se sont rangées les cours de Besançon et de Grenoble, est approuvée par Chauveau : « La doctrine contraire, dit ce jurisconsulte, est inacceptable ; autant vaudrait dire que le clerc rédacteur est responsable vis-à-vis de la partie, et que l'huissier et l'avoué, qui se sont confiés à lui, n'encourent aucune responsabilité. L'huissier est légalement l'auteur de l'exploit, c'est lui qui doit veiller à ce qu'aucune des formalités nécessaires n'y soit omise ; il ne peut donc exciper de ce qu'un autre aurait tenu la plume, ce qui ne pourrait d'ailleurs se faire que sous sa surveillance [2]. »

L'arrêt de la cour de cassation nous paraît important surtout par la netteté du principe qu'il consacre, à savoir : que la responsabilité de l'acte appartient à celui qui avait seul attribution et caractère pour l'accomplir. C'est par son application que se résoudront toutes les difficultés que la matière doit présenter. A l'huissier donc de répondre de tout ce qui tient taxativement à l'exploit ; à l'avoué la responsabilité de ce qui concerne la direction de la procédure. En d'autres termes, l'on doit faire pour les actes de procédure ce que nous faisions pour les actes notariés, distinguer entre les nullités intrinsèques et les nullités extrinsèques. Celles-ci appartiennent exclusivement à l'huissier.

507. — C'est ainsi qu'on l'a déclaré responsable de la nullité de l'exploit parce que la copie a été remise au maire sans aucune mention de la présentation à un voisin [3] ;

Parce que la date a été omise ou non suffisamment indiquée [4] ;

Parce qu'on aurait omis l'indication du délai de l'assignation [5] ;

Parce que le *parlant à* a été constaté d'une manière irrégulière [6] ;

Parce qu'on aurait omis la signature [7] ou l'indication du domicile réel du demandeur [8] ;

Parce que l'huissier était sans qualité [9].

Chacune de ces nullités constitue une violation des devoirs que la loi impose à l'huissier. Il est donc naturel qu'il réponde de l'impéritie ou de la négligence qui en est le fondement. Il en serait de même pour tous les cas où dans l'exécution d'un jugement ou d'un titre, l'huissier n'aurait pas rigoureusement exécuté les formes prescrites.

Dans ce cas, la condamnation de l'huissier serait indépendante de la validité de l'acte. Ainsi,

[1] Cass., 21 février 1821.
[2] Chauveau, sur Carré, art. 71.
[3] Rouen, 1er août 1810.
[4] Colmar, 28 juillet 1812; Metz, 18 juin 1819.
[5] Bruxelles, 16 mars 1831.
[6] Paris, 22 septembre 1809; Grenoble, 7 août 1822.
[7] Poitiers, 13 août 1819.
[8] Poitiers, 21 mai 1834.
[9] Grenoble, 14 avril 1818.

la saisie faite sans que les garanties voulues par l'article 587 aient été observées, n'en est pas moins valable, mais l'huissier qui a ainsi procédé a commis une faute dont il doit la réparation à la partie saisie. C'est ce que la cour d'Aix a jugé sur ma plaidoirie dans l'affaire de l'huissier Roux contre mademoiselle Saint-Martin.

508. — Quant aux nullités intrinsèques résultant soit de l'insuffisance de la procédure entamée, soit des désignations inexactes que l'huissier, sur les faux renseignements de l'avoué ou de la partie, a insérées dans son exploit, elles ne sauraient, sous aucun rapport, lui être imputées [1]. La responsabilité en demeure donc exclusivement à la charge de l'avoué ou de la partie.

Par application de ce principe, il a été jugé :

1° Que l'huissier n'est pas responsable de la nullité d'un appel qu'on l'a chargé de notifier soit avant l'expiration de la huitaine, soit après le délai de trois mois [2] ;

2° Qu'il ne répond pas de ce que la notification à des créanciers inscrits ne comprend pas l'universalité de ces créanciers [3] ;

3° Qu'on ne saurait lui reprocher la nullité d'un emprisonnement résultant de ce que le créancier lui a remis une constitution d'avoué, au lieu d'une élection de domicile, à énoncer dans le procès-verbal [4].

Ces exemples nombreux nous ont paru utiles à rappeler, parce qu'ils déterminent la véritable portée du principe que nous rappelions tout à l'heure. Ils enseignent en outre à faire la part de l'avoué, de l'huissier, de la partie elle-même, dans les questions de responsabilité qui peuvent se présenter.

509. — Nous dirons de l'huissier ce que nous disions tout à l'heure de l'avoué, à savoir qu'il ne doit pas être condamné sans avoir été entendu. Nous ajoutons qu'il ne peut être même valablement poursuivi qu'après que la nullité de l'acte a été prononcée par la justice. Toute demande contre lui serait non recevable, tant que cette nullité n'est pas un fait acquis.

510. — Le mandat de l'huissier cesse avec l'acte qu'il a notifié. Il continue cependant si l'exploit renferme élection de domicile dans son cabinet. Entre autres devoirs, cette élection lui impose l'obligation de transmettre fidèlement et en temps opportun toutes les significations qui sont faites pour la partie. Le retard dans cette transmission, et à plus forte raison son omission complète, obligerait l'huissier à réparer le préjudice qui naîtrait de l'un ou de l'autre.

511. — Nous terminerons, en ce qui concerne les officiers ministériels, par deux observations s'appliquant aux avoués aussi bien qu'aux huissiers.

1° Le désaveu admis en justice rendrait celui qui en a été l'objet passible de tous les frais que les actes désavoués auraient entraînés. Il pourrait de plus autoriser une allocation de dommages-intérêts en faveur de la partie qui réclamerait d'être indemnisée du préjudice qu'elle prouverait exister [5].

2° Dans l'hypothèse de faute lourde, de dol, comme dans tous les cas où il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts, leur allocation est subordonnée à la preuve qu'il existe un préjudice. Les dommages-intérêts ne peuvent jamais être que l'indemnité d'un dommage et non l'objet d'un bénéfice pour celui qui les réclame. C'est donc à celui-ci à prouver ce dommage. A défaut de cette preuve, la responsabilité des officiers ministériels, quel que fût le motif de la prononcer, se bornerait au payement des frais des actes ou de la procédure annulée.

Ajoutons que les officiers ministériels engageant leur responsabilité *in committendo*, ne l'engagent pas moins *in omittendo*. Ainsi celui qui s'est abstenu de faire un acte que l'intérêt de son mandant exigeait impérieusement, et qu'il avait mission d'accomplir ou de provoquer, serait passible des conséquences de cette omission et tenu dès lors de réparer le préjudice qui en serait résulté.

CHAPITRE IV.

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION.

SOMMAIRE.

512. — Il ne suffit pas qu'une demande soit fondée, il faut en outre qu'elle soit recevable.
513. — Nature et distinction des fins de non-recevoir.
514. — Nomenclature.

512. — L'existence d'un droit n'autorise pas toujours l'action destinée à le réaliser. Celui-là donc qui prétend se pourvoir en justice doit se préoccuper non-seulement de la légitimité, mais encore de la recevabilité de sa demande. Peu importerait, en effet, qu'un dol eût été pratiqué

[1] Cass., 28 octobre 1811, 29 août 1832.
[2] Aix, 17 juin 1821.
[3] Metz, 31 mars 1821.
[4] Lyon, 9 mai 1828.
[5] Cass., 7 nov. 1849; D. P., 49, 1, 285.

à son encontre, qu'il en eût éprouvé un notable préjudice, si, par négligence ou par un acte émané de sa volonté, il s'était rendu non recevable à poursuivre la réparation qui lui est due.

513. — Les moyens tendant à faire déclarer la non-recevabilité d'une action constituent des fins de non-recevoir, dont la nature et les effets diffèrent essentiellement, suivant qu'elles s'appliquent à la forme ou au fond.

Les premières, qu'on qualifie plus exactement de fins de non-procéder, n'ont pour objet que la nullité de la procédure irrégulièrement poursuivie, et que le demandeur est obligé de recommencer. Elles sont donc purement dilatoires, à moins que l'intervalle consacré à la formalité irrégulière n'ait complété la prescription du droit. Ces fins de non-procéder n'ont donc d'avantages réels que sous ce dernier rapport.

Les autres, au contraire, négligent la forme pour s'attaquer au droit lui-même, qu'elles ont pour but de faire déclarer à tout jamais éteint. Leur consécration enlève à l'action tout principe de vitalité et amène le déboutement de la demande, quelque juste, quelque fondée qu'elle puisse être. Leur existence est donc un fait capital et décisif. C'est aussi d'elles, et d'elles seules, que nous allons nous occuper.

Suivant Poncet, ces fins de non-recevoir constituent *des exceptions de pratique ou moyens non tirés du fond, ayant pour* FIN, *c'est-à-dire pour but, d'empêcher que l'action ou la défense de l'adversaire ne soit reçue ou écoutée, quelque juste qu'elle puisse être au fond. Comme si, par exemple, on oppose que les droits dont il se prévaut sont prescrits, ou qu'un jugement passé en force de chose jugée l'en a débouté, ou qu'il y a formellement ou tacitement renoncé* [1].

514. — Les principales fins de non-recevoir sont donc : la chose jugée, l'acquiescement, la prescription. Chacune d'elles constitue une exception péremptoire, puisque son admission entraîne forcément le rejet de l'action contre laquelle on l'invoque. Leur importance exige que nous en recherchions les éléments, que nous en déterminions les conditions essentielles. Cet examen fait la matière des trois sections suivantes.

SECTION I.

DE LA CHOSE JUGÉE.

SOMMAIRE.

515. — Caractère de cette présomption.
516. — Conséquences quant aux difficultés pouvant se présenter.
517. — Conditions exigées pour qu'il y ait chose jugée.
518. — Quels sont les jugements susceptibles de la créer?
519. — Jugements provisionnels.
520. — Jugements préparatoires ou interlocutoires.
521. — Controverse à l'occasion de ces derniers.
522. — Solution.
523. — Opinion de Chauveau et jurisprudence qu'il cite.
524. — Le jugement interlocutoire sur un point peut être définitif sur un autre. — Conséquences.
525. — A quelle époque les jugements définitifs ont-ils acquis l'autorité de la chose jugée?
526. — Différence entre les jugements en premier ou en dernier ressort.
527. — Le jugement en premier ressort n'acquiert l'autorité de la chose jugée, à défaut d'appel, qu'à partir de sa signification.
528. — Effet de la réalisation de l'appel.
529. — Jugements rendus en pays étrangers.
530. — Le dispositif des jugements fonde seul la chose jugée.
531. — Conditions de la chose jugée.
532. — 1° Identité d'objet.
533. — Changements survenus depuis le premier procès.
534. — Il y a identité d'objet si, après avoir échoué sur le tout, on redemande la partie.
535. — Qu'en est-il dans l'hypothèse inverse?
536. — Le jugement au possessoire n'influe en rien sur l'action pétitoire.
537. — Que faut-il entendre par la partie réclamée?
538. — 2° Identité de cause.
539. — Il n'y a pas identité de cause lorsque le droit repose sur des motifs différents.
540. — Exemple : les nullités extrinsèques ou intrinsèques.
541. — Hypothèses jugées par la jurisprudence.
542. — L'identité de cause ne doit pas être appréciée par les résultats que les deux instances doivent présenter.
543. — Différence entre la cause et les moyens pouvant être invoqués.
544. — La chose jugée sur un moyen l'est pour tous les autres.
545. — Arrêt conforme de la cour de cassation.
546. — C'est surtout pour la nullité d'actes que cette distinction est utile.
547. — Classement à faire pour résoudre la difficulté.
548. — 3° Identité des parties agissant en la même qualité.
549. — Manières diverses d'être partie au procès.
550. — 1° Ayants cause. Les héritiers ou légataires à titre universel sont les ayants cause du défunt.
551. — Les donataires ou légataires à titre particulier le deviennent quant à l'objet donné ou légué.
552. — Mais les héritiers, légataires ou donataires ne sont pas les ayants cause les uns des autres. — Conséquences.
553. — L'acquéreur est, quant à l'objet vendu, l'ayant cause du vendeur.
554. — Le vendeur n'est jamais l'ayant cause de l'acquéreur.
555. — *Quid* des créanciers?
556. — 2° Mandataires conventionnels ou légaux. — Identité du mandant et du mandataire.
557. — Ce qui est jugé pour et contre le tuteur l'est contre le mineur.
558. — Il en est de même pour le mari et la femme.
559. — Mais ce qui est jugé entre la femme et un tiers

[1] *Des Act.*, tit. IV, chap. II, n° 164.

ne l'est pas contre le mari, soit qu'il l'assiste et l'autorise, soit qu'il exerce les actions de celle-ci.
560. — Fondement légal de cette doctrine.
561. — L'instance suivie pour ou contre les syndics d'une faillite lie le failli et la masse.
562. — Distinction en ce qui concerne les créanciers hypothécaires.
563. — La chose jugée pour ou contre le failli, avant la faillite, est opposable aux syndics.
564. — Y a-t-il identité de personnes entre le débiteur principal et la caution?
565. — *Quid* des débiteurs solidaires?
566. — L'identité de personnes réside bien plutôt dans la qualité en laquelle elles ont agi que dans les conditions physiques.
567. — Conséquences.
568. — *Quid* de l'instance jugée pour ou contre l'héritier apparent à l'endroit du véritable héritier?
569. — Mode d'appréciation de la chose jugée.

515. — De tous temps la chose jugée a été entourée du plus profond respect et a joui de la plus grande autorité. Considérée comme l'expression de la vérité, elle est devenue la loi irrévocable des parties : *Res judicata pro veritate habetur*.

Prise dans un sens absolu, cette présomption constituerait la plus audacieuse fiction qui se puisse imaginer. Elle proclamerait, en effet, une infaillibilité qui n'est pas dans les attributs de la justice humaine, qu'elle placerait ainsi au-dessus des passions qui l'assiégent et l'égarent.

Un orgueil aussi insensé ne pouvait pas être professé par le législateur. Il ne pouvait ignorer l'infirmité de la nature humaine, ses faiblesses. Aussi, pouvons-nous le dire sans crainte, la présomption de vérité, attachée à la chose jugée, tient à des considérations d'une autre nature, et cette pensée n'altère en rien le juste respect qui entoure notre magistrature. Sa dignité n'avait nul besoin qu'on la proclamât infaillible. Suffisamment défendue par la loyauté de ses intentions, elle peut répudier un caractère qui n'appartient qu'à Dieu et reconnaître que ses lumières ne la garantiront pas toujours d'une erreur.

C'est ce que, pour sa part, a admis le législateur ; et, la possibilité d'une erreur ainsi envisagée, la chose jugée n'en doit pas moins être acceptée comme l'expression de la vérité. Un devoir puissant et sacré le prescrivait ainsi. Sans la stabilité des jugements, il n'y avait pas de société possible ; et le jour où l'on pourrait, sous prétexte d'erreur, remettre en question ce qui vient d'être solennellement décidé, verrait la confusion et le chaos se substituer à l'ordre admirable qui régit nos rapports communs.

516. — Ces considérations, qui fixent le sens et l'importance du principe que nous avons rappelé, nous amènent à cette conséquence : que nul ne sera tenté de contester le principe lui-même. On ne déniera jamais le respect dû à la chose jugée. Devant une exception de ce genre, tous les efforts se résumeront dans la dénégation des caractères qui la constituent. Avant donc d'appliquer le principe, les tribunaux auront presque toujours à rechercher s'il est réellement applicable à l'espèce qui leur est soumise. C'est pour les éclairer dans cette recherche que l'article 1351 du Code civil a nettement déterminé les éléments dont l'ensemble constitue la chose jugée.

517. — Aux termes de cet article, il n'y a chose jugée que si la seconde instance porte sur le même objet que celui qui était demandé dans la première ; que si la demande repose sur la même cause ; que si elle a lieu entre les mêmes parties. Avant d'examiner chacune de ces conditions, examinons celle qui les domine toutes, à savoir : l'existence d'un premier jugement susceptible d'acquérir ou ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

518. — Toutes les décisions judiciaires ne sont pas de nature à fonder l'autorité de la chose jugée : *Non vox omnis judicis, judicati continet auctoritatem* [1]. Pour revêtir ce caractère, le jugement doit épuiser le litige, de manière à ce que le même juge soit désormais sans attribution pour prononcer entre les parties : *Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit* [2].

519. — A ce titre, les jugements qui se bornent à statuer sur la provision ne peuvent jamais donner lieu à l'exception de chose jugée. Cela est d'autant moins douteux, que l'effet de ces jugements est nécessairement subordonné au jugement définitif, d'après lequel les sommes reçues à titre de provision devront, dans quelques circonstances, être remboursées. Le pouvoir du juge d'ordonner ce remboursement, comme de rétracter les autres mesures provisionnelles, n'a jamais été ni pu être contesté. Celui-là donc qui n'aurait à exciper que d'un pareil jugement, à l'appui de son exception de chose jugée, ne pourrait être écouté.

520. — Les jugements préparatoires ou interlocutoires peuvent-ils acquérir l'autorité de la chose jugée ? Évidemment non, si la définition que nous venons d'emprunter au droit romain est exacte. En effet, ces jugements n'épui-

[1] L. 7, Cod., *de sent. et interl.*

[2] L. 1, Dig., *de re judicata.*

sent pas la juridiction du juge dont ils émanent; ils mettent si peu fin au litige, que leur objet consiste uniquement à mettre ce litige à même de recevoir une solution définitive.

De là il résulte que, lors même que les jugements préparatoires ou interlocutoires n'ont pas été exécutés, leur existence ne peut être un obstacle à ce que les parties puissent revenir devant le juge et lui demander une décision sur le fond du procès. Elles peuvent soutenir que l'objet de ce jugement n'était pas indispensable et que les faits indiquent suffisamment les droits qu'elles peuvent respectivement revendiquer. De son côté, le juge peut déserter les errements jusqu'alors suivis et prononcer définitivement, malgré qu'il eût refusé de le faire d'abord.

521. — Cela n'a jamais été contesté lorsqu'il s'agit d'un jugement préparatoire, mais le contraire a été soutenu dans le cas d'un interlocutoire. Il est vrai que ces jugements diffèrent entre eux en ce sens que les premiers ne laissent pas même entrevoir quelle sera l'opinion du juge sur le fond du procès, tandis que les seconds semblent indiquer cette opinion. On peut croire, en effet, que si la preuve ordonnée est faite, la partie qui l'a sollicitée gagnera son procès. Ainsi, l'interlocutoire crée un préjugé qui ne saurait naître dans aucun cas du jugement purement préparatoire.

522. — Mais tout ce qui résulte de cette différence nous est positivement indiqué par l'article 451 du Code de procédure. L'appel du jugement préparatoire ne peut être reçu qu'avec celui du jugement définitif. Ce n'est, en effet, que par le résultat de celui-ci qu'on peut connaître celui à qui le jugement préparatoire a été préjudiciable. L'interlocutoire, au contraire, peut être immédiatement attaqué devant le degré supérieur par celui qui en redouterait les conséquences ou qui ne voudrait pas accepter le préjugé qui en résulte.

Le défaut d'appel ne peut donner au jugement un caractère qu'il n'a pas. L'interlocutoire demeure donc sans effets obligatoires sur le fond du procès. La chose jugée peut bien résulter d'une décision formelle, mais elle ne s'attache jamais à un préjugé, quelque certain et positif qu'il soit. Or, l'interlocutoire ne saurait jamais créer qu'un préjugé.

Dès lors, celui qui, ayant d'abord contesté l'interlocutoire, l'a ensuite exécuté, pourra, après cette exécution et lors du jugement définitif, soutenir que la mesure ordonnée était inutile, chercher ailleurs que dans les procès-verbaux et les enquêtes les moyens de faire prévaloir ses prétentions. Ce qui lui est absolument et uniquement interdit, c'est de plaider la non-recevabilité de la preuve ou la non-admissibilité des faits articulés. Sur ces deux points, il y a dans l'interlocutoire une appréciation dont le contraire ne saurait être légalement prononcé que par le juge supérieur.

Ce que la partie peut faire est également facultatif pour le juge. Ainsi, le tribunal n'est pas obligé de persister dans l'opinion qu'il a pu concevoir sur l'importance et la nécessité de la preuve. Quelle qu'ait été cette opinion première, il peut la déserter si, mieux éclairée, sa conscience lui en fait un devoir. Il peut donc après l'interlocutoire décider contrairement au préjugé résultant de sa prononciation, et cela encore bien que les faits articulés et admis aient été complétement justifiés.

L'opinion contraire a été cependant soutenue. Mais ce n'est pas dans son sens que penchent la doctrine et la jurisprudence. Elle manque, en effet, de fondements juridiques, tandis que l'autre opinion s'étaye sur des considérations décisives en raison et en droit. Voici comment les résume Chauveau, dans son *Traité de la procédure :*

523. — « Il est impossible qu'un jugement puisse être définitif sur le droit, lorsqu'il n'est qu'interlocutoire sur le fait; d'autant que le point de droit, n'étant que la raison de décider et non la matière immédiate du jugement, n'est pas susceptible d'une décision séparée. Aussi longtemps que l'objet en litige est en suspens et soumis à l'éventualité d'un avant-dire-droit, le droit lui-même demeure indécis, le juge ayant pu adopter mentalement, déceler même une opinion ou un principe, mais non le réduire en jugement. Ce n'est cependant qu'à partir de ce jugement que l'autorité de la chose jugée peut être légalement acquise ou commencer à courir, car ce n'est qu'alors que le juge a rempli sa mission et qu'il est à tout jamais désinvesti de la connaissance du litige. Mais tant que ce désinvestissement ne s'est pas réalisé, le juge n'a pas dit son dernier mot sur le procès; il n'a pas, dès lors, la faculté, mais il doit encore considérer comme un devoir impérieux de juger en définitive suivant sa conscience et sa conviction, rejetant, si cette conviction l'exige, le principe que d'abord il avait adopté, pour revenir aux moyens soit de fait, soit de droit qu'il avait primitivement rejetés [1]. »

Chauveau cite un grand nombre de décisions souveraines qui ont consacré cette doctrine, doc-

[1] Chauveau, sur Carré, art. 451, 452.

trine qui, du reste, n'est qu'une saine application de la maxime adoptée par nos maîtres en législation : *Semper judici ab interlocutorio discedere licet.* Il est vrai que nos Codes n'ont pas renouvelé textuellement ce principe. Mais qu'ils l'aient virtuellement admis, c'est ce dont il n'est pas possible de douter. L'orateur du gouvernement le proposait comme règle dans l'exposé des motifs de la loi, de crainte que les magistrats ne se méprissent sur la nature et la partie de l'interlocutoire. *L'interlocutoire, en effet, sans autre objet que d'éclairer la religion des juges, pourrait finir par les égarer, dans la fausse persuasion qu'ils se seraient liés eux-mêmes en le prononçant.*

Il est donc vrai, en droit français comme en droit romain, que le juge peut revenir de l'interlocutoire. Cela, certes, ne saurait signifier qu'un tribunal a la faculté, après avoir jugé la preuve recevable et les faits pertinents et admissibles, de décider plus tard le contraire. Le pouvoir de se réformer ainsi n'a jamais appartenu à une juridiction quelconque. Prise dans ce sens, la maxime que nous avons rappelée serait une monstruosité en droit. Tout ce qu'on doit en induire, c'est que malgré l'interlocutoire, qu'il ait été ou non exécuté, le juge peut et doit décider en sens contraire du préjugé que cet interlocutoire fait naître, si, mieux éclairée, sa conscience l'exige ainsi.

Concluons donc, de ce qui précède, que lorsqu'il s'agit de juger définitivement le procès, le juge reprend toute son indépendance, toute sa liberté d'action. Il peut donc négliger les résultats de l'interlocutoire, les repousser même complétement et puiser les éléments de sa décision dans les autres circonstances de la cause et dans les faits qui lui avaient d'abord paru insuffisants. Il peut même prononcer au fond sans que les mesures interlocutoires aient été remplies. Dès lors, un jugement de ce genre ne peut, dans aucun cas, devenir la base d'une exception de chose jugée.

524. — Un jugement interlocutoire sur un point peut être définitif sur un ou plusieurs chefs. C'est ce qui arrive lorsque, avant d'aborder le fond, le juge a à apprécier des exceptions, soit en la forme, soit inhérente au droit lui-même. La disposition qui écarte ces exceptions n'a rien d'interlocutoire; elle constitue, à cet égard, un jugement définitif qui, s'il est acquiescé ou exécuté, acquiert l'autorité de la chose jugée et rend non recevable à proposer plus tard les mêmes exceptions.

525. — A quelle époque les jugements définitifs ont-ils acquis l'autorité de la chose jugée? L'ordonnance de 1667 contenait, à cet égard, une disposition expresse. L'article 5 du titre XXVII disposait en ces termes : *Les jugements qui doivent passer en force de chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort et dont il n'y a pas d'appel, ou dont l'appel ne sera pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel ait été déclaré péri.*

526. — L'ordonnance mettait donc sur la même ligne les jugements rendus en dernier ressort et ceux qui, pouvant être attaqués par l'appel, ne l'avaient pas été. Notre Code de procédure n'a pas renouvelé cette disposition, mais il ne dit nulle part le contraire. Cette réserve absolue n'indique-t-elle pas qu'en cette matière il n'a entendu rien innover, et que conséquemment c'est par l'ordonnance elle-même qu'il faut décider la question que nous avons posée?

Or, la doctrine qu'elle consacre nous paraît juste et rationnelle, car les considérations qui recommandaient la disposition de l'ordonnance n'ont pas cessé d'être vraies. Celui qui s'abstient d'attaquer un jugement contraire à ses intérêts est présumé en reconnaître le bien fondé et le mérite, et cette sanction donnée au jugement est la plus puissante de toutes. Sans doute, nul n'est contraint d'agir tant qu'il est dans les délais pour le faire. Aussi la présomption d'acquiescement cédera-t-elle devant la manifestation d'une volonté contraire, volonté qui sera libre de se produire au moment même où l'on voudra exciper de la présomption d'acquiescement. Mais tant que l'appel n'est pas réalisé, c'est cette présomption qui doit prévaloir. Ainsi, la différence entre un jugement rendu en dernier ressort et celui susceptible d'appel, c'est que le premier acquiert de plein droit l'autorité de la chose jugée, tandis que cette autorité n'est que momentanée pour le second, tant que les délais de l'appel ne sont pas expirés.

527. — Mais, pour l'admettre ainsi, il faut que la partie ait été mise en demeure d'agir par une signification régulière du jugement. Un jugement non signifié n'est qu'un titre informe, constituant tout au plus une menace dans un avenir plus ou moins lointain, et contre laquelle on n'est pas même tenu de se pourvoir. Il y a plus; celui qui abandonne, qui délaisse ainsi son titre, après l'avoir obtenu, peut être considéré comme s'il renonçait aux avantages qui en résultent, et le silence de la partie adverse n'a, en cet état, rien que de très-naturel, on ne saurait exiger qu'elle le rompe qu'après qu'une notifica-

tion est venue lui apprendre qu'on voulait profiter du jugement.

528. — L'appel réalisé suspend de plein droit l'autorité du jugement, alors même qu'il aurait été émis hors les délais ou après un acquiescement. La non-recevabilité de l'appel, comme le mal fondé, ne peut être déclaré que par le degré supérieur. Ce n'est donc que par la décision de celui-ci que le jugement reprend ou perd à tout jamais l'autorité de la chose jugée.

Nous terminerons nos observations sur ce point en rappelant deux faits importants et qu'on ne saurait oublier pour la matière qui nous occupe.

529. — 1° Rendre la justice est un acte de souveraineté. En France, elle se rend au nom du peuple français et par des magistrats choisis et institués par le chef du pouvoir exécutif. Cette double circonstance, offrant toutes garanties aux citoyens, leur impose l'exécution des jugements comme un devoir rigoureux.

Mais on ne peut exécuter en France que les jugements émanés des tribunaux français. Dès lors, la chose jugée ne saurait jamais résulter d'un jugement rendu en pays étranger et par des juges étrangers, à moins que son exécution n'ait été ordonnée par un tribunal français. Or, on sait que la faculté donnée aux juges français, à cet égard, ne se borne pas à un enregistrement pur et simple. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Le juge a le droit de reviser le jugement étranger et de ne confirmer les adjudications qu'il prononce que s'il les trouve nécessaires et justes. Le jugement de révision est donc ici le véritable jugement, et, comme il émane de l'autorité française, il est, quant à la chose jugée, à l'instar des autres jugements.

530. — 2° Quels que soient les termes des motifs d'un jugement, quelle que soit la solution à laquelle ils puissent conduire, il n'y a chose jugée que sur ce qui est consigné dans le dispositif. Ce n'est que là, en effet, que la pensée réelle du juge se développe avec précision et netteté; que se trouve en quelque sorte le véritable jugement. C'est donc aussi et uniquement là qu'il faut chercher ce que le juge a fait, car on ne trouvera dans les autres parties du jugement que des indications sur ce qu'il a voulu faire. Or, la pensée du juge, tant qu'elle ne s'est pas traduite en jugement, ne saurait sortir à effet et moins encore donner naissance à l'autorité de la chose jugée.

C'est ce qui a été consacré par de nombreux arrêts de la cour de cassation, dont un, notamment, rendu le 9 janvier 1838, décide que, bien qu'un arrêt ait reconnu dans ses motifs que le terrain ligitieux est vain et vague et que la commune en doit être réputée propriétaire, cependant, s'il ne prononce rien à cet égard dans le dispositif et se borne à ordonner une expertise, en réservant tous les droits des parties, il n'y a point chose jugée sur la nature du terrain, ni sur la question de propriété [1].

531. — Ainsi, l'exception de chose jugée ne pourra prendre naissance que dans l'existence d'un jugement précédent, rendu sur le fond du droit, ayant épuisé la juridiction du juge, et dont le dispositif offrira, par rapport à l'instance nouvelle, les caractères prescrits par l'article 1351, à savoir : que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; qu'elle s'agite entre les mêmes parties et en la même qualité : *Eadem res, eadem ratio petendi, eadem conditio personarum.*

532. — Première condition. Identité d'objet.

Cette identité ne doit pas s'entendre en ce sens qu'il faille que l'objet réclamé dans les deux instances soit physiquement et matériellement le même. Il suffit, dans ce cas, d'une affinité certaine et incontestable.

Ce principe, enseigné par Pothier, conduit à cette double conséquence.

533. — 1° Les changements survenus dans le corps qui a fait la matière du premier procès n'empêchent pas qu'il ne soit le même dans le second, si c'est le corps lui-même qui est réclamé. C'est en effet le même objet, augmenté ou diminué, qu'on demande, et le refus qui en a été fait une première fois crée un obstacle insurmontable à toute nouvelle prétention : *Si petiero gregem et victus fuero, et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eumdem gregem petam, obstabit mihi exceptio* [2].

534. — 2° La chose ne cesse pas d'être la même si, après avoir échoué sur la revendication d'un corps certain, d'une quantité ou d'un droit incorporel, on demande plus tard une partie plus ou moins considérable de ces mêmes objets : *Si quis cum totum petiisset, partem petat, exceptio rei judicatæ ei nocet, nam pars in totum est, eadem enim res accipitur, et si pars petatur ejus quod totum petitum est, nec interest utrum in corpore hoc petatur, an in quantitate, vel in jure* [3].

[1] Dalloz, 38, 1, 169; *vid. id.*, 37, 1, 453.
[2] L. 21, Dig., *de except. rei jud.*; Rennes, 15 mars 1821.
[3] L. 7, Dig., *de except. rei jud.*

Cette règle était tellement absolue en droit romain, qu'on appliquait l'exception de chose jugée à la demande des fruits non encore existants au moment du premier procès. Tout ce qui était produit par la chose refusée était considéré comme cette chose elle-même, et par conséquent à l'abri de toute demande ultérieure : *Sed ex ea re sunt qua petita est, magisque est ut ista exceptio noceat.*

Ces conséquences, admises par notre ancien droit, n'ont nullement été abrogées par les lois qui nous régissent actuellement. Les décisions du droit romain sont donc encore parfaitement applicables dans les deux cas que nous venons de rappeler [1].

535. — Si la partie est comprise dans le tout, le tout n'est pas compris dans la partie. Celui qui a succombé sur une demande partielle pourra-t-il donc demander plus tard la totalité de l'objet en partie refusé?

Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. La négative était pourtant généralement admise, mais elle subissait de nombreuses exceptions.

Le droit français n'a non plus rien disposé à cet égard, mais la doctrine et la jurisprudence admettent dans plusieurs cas l'affirmative. Ainsi, on permet, comme en droit romain, à celui qui a succombé sur la demande d'une servitude de passage pour gens à pied, de réclamer plus tard le passage pour charrettes et bêtes de somme [2]; on décide en outre que celui qui a échoué dans la demande de l'usufruit d'un fonds peut, plus tard, en revendiquer la propriété; que celui qui a été débouté de la demande en revendication de la parcelle d'une propriété est recevable à réclamer et à se faire adjuger plus tard la propriété tout entière [3].

Il est vrai, comme l'observe Toullier, que dans ce cas il obtiendra la parcelle qui lui avait été d'abord refusée. Mais il est à remarquer que le jugement qui rejette la demande particulière qui en était faite n'en attribue point la propriété au défendeur, il rejette seulement cette demande particulière. La parcelle m'appartient aujourd'hui à un autre titre, comme dépendance de la propriété qui m'est attribuée en entier contre vous [4].

536. — C'est par suite d'un effet analogue qu'il est aujourd'hui souverainement admis que le jugement sur le possessoire reste sans influence sur l'examen et la décision du pétitoire. Cependant celui qui a été débouté de sa demande en possession acquiert cette même possession, s'il gagne son procès au pétitoire. Or, il ne peut atteindre à ce résultat que parce que le premier jugement ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée que sur ce qui a fait l'objet du litige, à savoir : la possession considérée divisément et indépendamment de la propriété. Réclamer et obtenir cette possession comme l'attribut et la conséquence du droit de propriété, c'est évidemment demander une chose sur laquelle il n'a jamais été statué.

537. — Toutefois on ne saurait raisonnablement soutenir que la chose jugée sur la partie ne s'opposera jamais à ce qu'on puisse revendiquer le tout. Ainsi il serait absurde de soutenir que celui qui a vainement demandé les dix-neuf vingtièmes d'une chose pourra plus tard être recevable dans sa demande de la totalité de cette même chose. C'est donc par les circonstances particulières à chaque espèce qu'on devra résoudre la question que nous avons posée. Seulement, ce qu'il importe de ne pas perdre de vue, c'est que la chose jugée, étant une exception rigoureuse, doit être renfermée dans ses plus étroites limites, et que, dans le doute, la faveur due à l'action doit l'emporter.

538. — Deuxième condition. Identité de cause.

La cause est le principe générateur de l'action, *ratio petendi*. Il faut donc bien se garder de la confondre avec l'action elle-même, car la même cause peut devenir l'origine de plusieurs actions d'un genre différent. Mais la décision intervenue sur celle qui a été réalisée constitue la chose jugée contre toutes.

Ainsi l'existence d'un vice rédhibitoire ou d'un défaut caché donne le droit soit de poursuivre la résiliation de la vente, avec restitution du prix, soit de garder la chose en obtenant une réduction ou une remise sur le prix. J'ai donc ou l'action en rescision ou l'action en *quanti minoris*.

Mais cette double action a une seule et même origine : l'existence du vice rédhibitoire. Conséquemment, si j'ai succombé sur l'une d'elles, je serais non recevable à intenter l'autre. Toute demande à cet égard serait repoussée par l'exception de chose jugée.

On remarquera que la différence dans l'objet

[1] Merlin, *Chose jugée*; Toullier, t. X, nos 145 et suiv.; Favard, *Chose jugée*, etc...

[2] L. 11, Dig., § 6, *de except. rei jud.*

[3] Cass., 14 février 1831.

[4] T. X, no 55.

que ces deux actions se proposent est plutôt apparente que réelle. Dans l'une et dans l'autre il s'agit, en effet, de porter atteinte à la convention des parties. Le degré de gravité de cette atteinte ne saurait être un motif suffisant pour exclure l'identité de chose. Et celle-ci concourant avec l'identité de cause, l'exception de chose jugée serait inévitable.

539. — L'identité de chose ne suffirait pas pour autoriser cette exception, car, comme l'observe Pothier, la même chose peut m'être due en vertu de plusieurs différentes causes d'obligation, et j'ai autant de créances différentes et autant d'actions différentes contre mon débiteur qu'il y a de différentes causes d'obligations d'où elles naissent; lesquelles différentes actions renferment autant de questions différentes. Le jugement qui a donné congé de ma demande sur l'une n'a rien statué sur l'autre [1].

Il est évident, en effet, que la cause n'étant que le principe générateur de l'action, la décision qui statue sur celle-ci ne fait qu'une seule chose : elle décide que ce que je réclamais ne m'appartient pas en vertu du droit dont j'excipais. Mais de là ne résulte pas directement ou indirectement que je ne puisse obtenir l'objet même que j'ai vainement réclamé, en vertu d'un droit, c'est-à-dire d'une cause différente de celle sous les inspirations de laquelle je m'étais primitivement placé.

540. — Par exemple, les conventions peuvent être frappées d'impuissance pour violation des formes prescrites par la loi ou pour absence des conditions essentielles à leur validité. Il y a donc incontestablement deux droits, dont l'un se borne à attaquer l'instrument écrit de la convention, tandis que l'autre tend à enlever à la convention elle-même toute possibilité d'existence. Conséquemment, et malgré que les actions naissant de l'un et de l'autre arrivent à un résultat identique, à savoir : la nullité de la convention, il est évident que ce qui aurait été prononcé contre le premier n'aurait en rien, nous ne dirons pas décidé, mais même préjugé le second, car une convention peut être très-régulièrement conforme aux prescriptions exigées par la loi pour sa validité intrinsèque, et cependant se trouver dans le cas d'être annulée comme manquant d'une des conditions qui en forment l'essence. C'est ainsi qu'après avoir succombé sur l'instance en nullité d'un testament pour vice de forme, on est très-recevable à le faire annuler pour insanité d'esprit, captation ou suggestion.

541. — Les applications de cette doctrine sont fréquentes en jurisprudence. Ainsi il a été jugé notamment :

1° Que l'annulation d'un acte de partage, comme contenant aliénation d'un fonds dotal par le mari, n'est pas une violation de la chose jugée par un arrêt précédent qui a maintenu ce partage sur une demande en nullité pour cause de lésion [2];

2° Que le jugement qui rejette une demande en nullité d'une vente faite à un avocat, sous prétexte que cette vente aurait pour objet une chose litigieuse, ne fait point obstacle à la demande subséquente en nullité du même contrat, comme n'étant pas réellement une vente, mais comme constituant une antichrèse [3];

3° Que lorsqu'une partie, ayant succombé dans sa demande en révocation d'une donation pour survenance d'enfants, se pourvoit en réduction de cette même donation pour fournir la réserve, on ne peut lui opposer l'exception de la chose jugée, résultant de l'arrêt qui a rejeté sa première demande. On ne peut la lui opposer surtout si, lors de cet arrêt, elle était défenderesse à la demande en exécution de la donation, sous prétexte qu'à ce titre elle devait faire valoir en défense à cette demande toutes ses exceptions, et par conséquent sa prétention de faire réduire la donation [4].

542. — Peu importe donc que le résultat que pourront présenter les deux instances soit le même, si d'ailleurs la cause de ces deux instances est distincte et différente. On ne peut confondre la cause avec l'objet qu'elle se propose, et de même qu'il y a chose jugée lorsque l'action, sans déterminer une conséquence parfaitement identique, est cependant fondée sur la même cause que la précédente, de même il faut reconnaître que l'exception de chose jugée n'est pas proposable lorsque la chose demandée, étant la même, procède cependant dans les deux instances d'un droit complétement distinct et différent.

543. — D'autre part, on doit bien se garder de confondre la cause, principe de l'action, avec les moyens qui n'en sont que le développement. Les moyens ne sont, en effet, que les raisons de fait et de droit tendant à justifier la cause alléguée, d'où la conséquence que celui qui prétend se faire reconnaître créancier

[1] *Des Oblig.*, n° 895.
[2] Cass., 15 juin 1837; J. D. P., t. Ier, 1838, p. 160.
[3] Cass., 15 juin 1821; D. P., 21, 1, 422.
[4] Cass., 5 juin 1821.

d'un droit quelconque, étant tenu de le justifier, doit appeler au secours de sa prétention tous les moyens qui sont de nature à le faire admettre. Il serait absurde, en effet, que chaque moyen devînt le motif d'un nouveau procès, car ce serait rendre les contestations interminables.

544. — La chose jugée sur un de ces moyens est donc jugée pour tous, et celui qui, voulant réparer l'omission qu'il aurait commise, renouvellerait le litige, se verrait inévitablement repoussé par l'effet du premier jugement.

545. — C'est ce que la cour de cassation a formellement décidé dans l'espèce suivante :

Erhard avait été débouté par un arrêt de la cour de Colmar, du 24 décembre 1814, de la demande par lui formée en nullité d'un acte du 16 floréal an x, sur le fondement que l'un des témoins instrumentaires n'était pas majeur.

Plus tard, Erhard investit le tribunal de Belfort d'une demande en nullité du même acte, sur le motif que l'un des témoins instrumentaires n'avait pas la qualité de Français. Son adversaire lui opposa la chose jugée, résultant de l'arrêt du 24 décembre 1814.

Cette fin de non-recevoir est repoussée par le tribunal; mais, sur l'appel, le jugement est infirmé et l'exception accueillie en ces termes :

« Attendu que par un précédent arrêt du 24 décembre 1814, la nullité prétendue de l'obligation a été rejetée, qu'ainsi cette obligation est défendue par l'autorité de la chose jugée; que l'intimé n'a pu, sans lui porter atteinte, remettre en question cette même nullité, sous prétexte d'un autre vice de forme que celui qu'il avait d'abord objecté ; que la simple proposition d'un nouveau moyen ne constitue pas une nouvelle cause de demande ou d'exception ; que les cas rares où une partie peut, par des moyens qu'elle aurait omis de produire, faire rétracter les jugements ou arrêts en dernier ressort, sont énoncés parmi les ouvertures de requête civile, voie que l'intimé n'a tenté, ni pu tenter. »

Erhard s'étant pourvu en cassation, la cour régulatrice rejeta son pourvoi. « A la vérité, dit l'arrêt, lors du premier arrêt, Erhard fondait la nullité alléguée sur la minorité d'un témoin, tandis que lors du second il la fondait sur la qualité d'étranger non naturalisé d'un autre témoin. Mais ce n'était pas là une cause différente, c'était seulement un moyen nouveau, d'où il suit que l'une et l'autre action ont eu évidemment le même objet et la même cause, qui était la nullité de l'obligation pour vice de formes [1]. »

Depuis lors, de nombreuses décisions sont venues confirmer cette doctrine [2], fondée elle-même sur cette maxime de droit : *In judicium omne jus deduxisse videtur.*

546. — C'est surtout en matière de nullité d'actes que la distinction de la cause et des moyens est importante. Ici, en effet, l'objet est le même, et la demande sera inévitablement admissible ou non, suivant qu'elle procédera d'une nouvelle cause, ou qu'elle ne constituera qu'un moyen nouveau.

547. — A cet égard, toute difficulté cesse devant un classement exact des causes pouvant déterminer cette nullité. Nous avons dit que les moyens du fond constituent une cause différente de celle résultant des moyens de forme. On doit donc ranger les nullités dans une double catégorie, à savoir : celles qui naissent de l'irrégularité de l'acte, celles procédant de son invalidité. Le jugement rendu sur une de ces catégories n'a aucune influence sur l'autre.

Mais il comprend virtuellement tous les moyens à l'aide desquels les nullités de cette catégorie peuvent être obtenues. Ainsi l'irrégularité de l'acte peut tenir à la violation d'une formalité essentielle, à l'oubli d'une mention exigée par la loi, à l'incapacité du notaire, à une erreur sur l'âge, la qualité ou la capacité des témoins. Or ce ne sont pas là des nullités distinctes. L'ensemble de ces faits ne constitue qu'une seule et même nullité. Dès lors, si le juge, appréciant l'une de ces exceptions, l'a rejetée en déclarant l'acte régulier, cet acte est désormais à l'abri de toute attaque sous ce rapport. En d'autres termes, il y a chose définitivement jugée sur sa régularité.

On peut encore l'attaquer pour vice intrinsèque, à savoir : pour cause de dol, de violence, d'erreur, d'insanité d'esprit, mais on déciderait pour ces moyens ce que nous venons d'établir pour ceux de forme. Ainsi, le jugement qui repousserait l'un d'eux créerait la chose jugée contre tous les autres. « Dans les nullités de ce genre, dit Toullier [3], la cause prochaine de l'action est le défaut de consentement. Le dol, l'erreur, la violence, l'insanité d'esprit, l'incapacité de la partie, ne sont que des moyens de prouver que le consentement n'a pas été ou ne pouvait pas être donné. » Conséquemment, celui qui, pou-

[1] Cass., 3 février 1818.

[2] *Vid.* Dalloz jeune, *Dictionnaire de jurisprudence et Supplément*, v° *Chose jugée*, n° 135.

[3] T. X, n° 165.

vant exciper de plusieurs, n'en a fait valoir qu'un seul à l'appui de sa demande, ne peut, après avoir succombé, renouveler le procès et exciper des autres. Le jugement qui déclare le consentement sincère et régulier s'oppose à ce qu'on soutienne plus tard le contraire.

Ainsi, il n'y a qu'une nullité en la forme, qu'une nullité au fond. Celui qui en excipe doit l'étayer de tous les moyens à sa disposition, sous peine d'être non recevable à exciper plus tard de ceux qu'il aurait omis. Mais il est certain que la partie qui n'en aurait fait valoir qu'un seul en première instance est recevable à les proposer tous en cause d'appel, l'article 464 du Code de procédure civile, qui prohibe en appel toute demande nouvelle, restant forcément étranger aux moyens nouveaux à l'appui de la même demande. Or, nous venons de le dire, chaque grief distinct, soit en la forme, soit au fond, ne constitue qu'un moyen et non une cause.

548. — Troisième condition. Identité de parties, agissant en la même qualité.

La partie qui n'a pas figuré dans une instance ne saurait être liée par le jugement qui l'a terminée. Mais elle ne peut à son tour l'invoquer: ***Res inter alios judicata, neque emolumentum his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare*** [1].

La présomption de vérité résultant de la chose jugée, alors même que l'erreur en est démontrée, est certes assez exorbitante pour qu'on doive la restreindre dans ses bornes naturelles. Or, s'il est rationnel qu'une décision souveraine règle à l'avenir les droits de ceux qui y ont concouru, il serait injuste de l'imposer comme loi à ceux qui n'ont pas même été appelés à user du droit le plus imprescriptible, celui d'une légitime défense.

Ainsi, la personne demeurée étrangère au jugement est toujours recevable à soutenir et à faire prévaloir le contraire de ce qui a été décidé. La partie condamnée peut, elle-même, faire admettre contre cette même personne le contraire de ce qui a été admis en faveur de celui qui a obtenu le jugement. L'équité, en effet, voulait que, par cela seul qu'on ne peut être atteint par un jugement, on ne fût pas admis à en revendiquer le bénéfice. Cette conséquence n'était que l'indispensable corollaire de la première.

Vainement se récrierait-on contre le scandale de ces décisions contradictoires. Ce scandale est plutôt apparent que réel, car ce qui peut être vrai pour l'un peut ne pas être vrai pour l'autre. D'ailleurs, apparent ou vrai, dit Toullier, ce scandale ne peut être une raison suffisante pour violer la première règle de justice et pour me condamner sans m'entendre, en m'appliquant un jugement lors duquel je n'ai pu déduire les moyens qui eussent amené une décision contraire. La disposition de l'article 1351 prouve que telle a été l'opinion du législateur.

L'exigence de l'identité des parties est donc équitable et juste. Nous allons résumer les divers cas dans lesquels elle doit être admise.

549. — On est partie dans un jugement, non-seulement par soi-même, mais encore par les personnes qui ont qualité et droit pour nous représenter. Tels sont les ayants cause, les mandataires, les administrateurs légaux.

550. — 1° Ayants cause :

Les héritiers, les légataires universels sont évidemment les ayants cause du défunt. Ils sont censés continuer son individualité. Ils ne font avec lui qu'une seule et même personne. Dès lors, si j'ai fait juger contre le défunt qu'une obligation que j'avais contractée envers lui est le résultat du dol, ses héritiers ou légataires ne pourraient plus m'actionner en vertu de la même obligation, sans être repoussés par l'exception de chose jugée. Par réciprocité, cette exception me serait applicable si, ayant succombé dans ma demande contre le défunt, je voulais la renouveler contre ses héritiers ou légataires.

551. — Le donataire, les légataires particuliers sont, pour tout ce qui concerne l'objet donné ou légué, au lieu et place du donateur ou du testateur. Ils agissent réellement, quant à ce, *loco hæredum*. Les jugements rendus en faveur ou contre leur auteur conservent donc, à leur égard, l'autorité de la chose jugée. Ils créent donc un obstacle invincible à ce qu'ils puissent actionner ou être actionnés à raison du même objet et pour la même cause.

552. — Mais si l'héritier, les légataires et donataires sont chacun en droit soi les ayants cause de leur auteur, ils ne le sont nullement les uns des autres. Chacun d'eux agit en une qualité qui lui est propre et ne saurait engager l'autre que s'il en a reçu le mandat formel.

De là il résulte : 1° que la chose jugée contre un héritier agissant pour la part lui obvenue dans la succession ne saurait nuire ou profiter à son cohéritier, alors même que celui-ci agirait en vertu du même titre de créance ayant fait la matière du premier procès.

Ainsi, une créance de 4,000 francs est échue par moitié au lot de Joseph et par moitié à celui de Jacques. Joseph actionne le débiteur pour ses

[1] L. 2, Cod., *quibus res jud. non nocet.*

2,000 fr. Celui-ci soutient que la créance n'émane pas de lui ou qu'elle est le résultat de manœuvres dolosives et frauduleuses. Cette prétention est accueillie et Joseph débouté de sa demande par un jugement qui acquiert l'autorité de la chose jugée.

Plus tard, Jacques demande le payement des 2,000 fr. qui lui sont échus. Cette demande a la même cause que celle de Joseph, à savoir : le titre de 4,000 fr. annulé par rapport à celui-ci. Mais l'exception de chose jugée, que le débiteur voudrait tirer du premier jugement, est inadmissible par deux raisons :

D'abord, parce qu'il n'y aurait pas dans les deux instances identité des parties. Jacques n'est pas l'ayant cause de Joseph. Comme celui-ci, il agit en vertu d'un droit propre et personnel, qui n'a jamais pu se confondre avec celui de Joseph, et qui, dès lors, n'a nullement été agité lors du premier procès. Le jugement qui a mis fin à ce procès reste donc pour Jacques *res inter alios judicata*, sans qu'on pût le lui opposer, tout comme il ne pourrait en exciper lui-même pour empêcher le débiteur de renouveler les exceptions dont ce jugement l'aurait débouté [1].

De plus, il n'y a pas identité d'objets, car, comme l'observe Pothier, et après lui Toullier, les 2,000 francs réclamés par Jacques ne sont pas les 2,000 francs que Joseph demandait. Ces deux sommes procèdent bien d'une origine commune, mais elles se sont divisées en passant sur la tête des héritiers et sont devenues deux capitaux distincts, n'ayant rien de commun l'un avec l'autre. Leur annulation ne saurait donc être prononcée que contradictoirement avec chacun de leur propriétaire.

Conséquemment, le débiteur ne pourra se soustraire à la demande de Jacques qu'en faisant admettre contre lui les exceptions qu'il a fait consacrer à l'égard de Joseph.

2° La chose jugée contre le légataire universel ne saurait être opposée aux légataires particuliers, ni leur profiter, alors même qu'il s'agirait de la nullité de l'institution. Ainsi, l'annulation du testament, pour cause de dol, de captation ou pour vice de forme, serait sans influence sur le sort des légataires particuliers qui seraient demeurés étrangers à l'instance.

Le contraire était admis en droit romain. Mais cela ne tenait nullement aux principes de la chose jugée ; ce résultat n'était que la conséquence de la maxime *partim testatus, partim intestatus nemo decedere potest*. Notre loi admettant le cumul des successions testamentaires et légales, la décision du droit romain ne pourrait être suivie qui si l'on admettait que le légataire universel représente les légataires particuliers, et qu'il y a chose jugée pour ceux-ci dans le jugement rendu en faveur ou contre celui-là. Or, cela ne pourrait être consacré que s'il y avait identité de personnes entre eux, et nous venons de voir qu'on ne saurait l'admettre.

553. — L'acquéreur est l'ayant cause du vendeur relativement à ce qui a fait l'objet de la vente et pour tous les actes antérieurs au contrat. Personne ne peut céder à autrui des droits plus étendus que ceux qu'il possède lui-même, et la chose grevée en mes mains ne peut être transmise par moi qu'avec les mêmes charges. Conséquemment, les jugements rendus contre le vendeur, ou obtenus par lui, nuisent ou profitent à l'acquéreur, il ne pourrait être attaqué ou attaquer lui-même, pour tout ce qui en a fait la matière, sans que la chose jugée fût opposable.

554. — Mais le vendeur n'est dans aucun cas l'ayant cause de l'acquéreur : *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ, a persona autoris ad emptorem transire solere, retro autem ab emptore ad autorem reverti non debere* [2]. Cette décision se justifie très-bien en raison et en droit. On n'a pas à craindre, en effet, que le propriétaire, qui ignore peut-être encore qu'il vendra sa propriété, veuille laisser grever cette propriété au préjudice d'un futur acquéreur. On est donc certain qu'il fera tous ses efforts pour empêcher la réussite de l'action dirigée contre lui. D'ailleurs, l'acquéreur, au moment de la vente, connaît ou doit connaître tout ce qui se rattache à la propriété qu'il acquiert. Il se soumet donc, en l'acceptant, à toutes les obligations du vendeur.

On peut dès lors, et sans injustice, le considérer comme lié par les jugements rendus contre son vendeur. Mais ce ne serait pas sans danger pour ses intérêts qu'on obligerait celui-ci à accepter comme chose jugée ce qui aurait été décidé entre des tiers et son acquéreur, pendant sa possession.

L'acquéreur, en effet, peut avoir intérêt à rompre son marché, et trouver, dans la réussite des actions des tiers ou dans l'échec de celle qu'il a lui-même formulée, un motif de rupture. Il est évident que, en cet état, il n'apportera pas tous ses soins à assurer l'une et à repousser l'autre, et si la décision pouvait être définitivement obligatoire contre le vendeur, celui-ci se trou-

[1] L. 22, Dig., *de except. rei jud.*

[2] L. 9, Dig., *de except. rei jud.*

verait souvent condamné sans avoir été réellement entendu.

Voilà le péril que le législateur a pressenti et qui lui a commandé de disposer que la chose jugée contre l'acquéreur ne pouvait jamais refluer contre le vendeur : *Retro autem ab emptore ad autorem reverti non potest.*

Conséquemment, si la chose aliénée rentre, par la résolution de la vente, entre les mains du précédent propriétaire, il la recouvre telle qu'il l'avait lui-même transmise. Toutes les charges que des tiers seraient parvenus à lui imposer disparaissent, sauf à ceux qui les ont obtenues à en faire judiciairement ordonner le maintien contre lui.

555. — En thèse ordinaire, les créanciers sont les ayants cause du débiteur. Les jugements rendus en faveur de ce dernier, ou contre lui, sont donc profitables ou nuisibles aux premiers. La chose jugée contre le débiteur l'est contre les créanciers. Ce principe est vrai sans exception pour tous les créanciers postérieurs à la date du jugement.

Quant aux créanciers antérieurs, il faut distinguer entre ceux qui sont simplement chirographaires et ceux dont la créance est garantie par une affectation spéciale sur les immeubles.

Les premiers ne peuvent se soustraire à l'exception de chose jugée qu'en soutenant que leur débiteur a agi en fraude de leurs droits. Cette faculté, que l'article 1167 leur confère, constitue un droit personnel que le débiteur n'a jamais pu aliéner ni altérer. Mais la fraude ne se présumant pas, la charge d'en faire la preuve pèserait tout entière sur ceux qui l'alléguerait. A défaut de justification, les jugements rendus contre le débiteur acquerraient contre les créanciers l'autorité de la chose jugée.

Les créanciers ayant une affectation spéciale sur les immeubles du débiteur, c'est-à-dire les hypothécaires ou les privilégiés, ne peuvent voir leurs droits altérés, modifiés ou anéantis par le fait de leur débiteur. Conséquemment, les jugements intervenus entre celui-ci et des tiers, relativement aux immeubles affectés, ne peuvent jamais préjudicier aux créanciers qui n'y ont été ni parties, ni appelés.

Sans doute, aux termes de l'article 2125 du Code civil, ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. Aussi, la certitude de l'existence de ces conditions, ou du principe de la rescision, déterminerait infailliblement la perte de tous les droits du créancier. Mais c'est cette existence au moment de la constitution de l'hypothèque qu'il faut établir, et cela contradictoirement avec le créancier. Le jugement qui a désinvesti le débiteur prouve bien qu'il n'était pas propriétaire au moment de la demande, mais il n'établit rien, quant au droit qu'il pouvait avoir au moment de l'emprunt qui peut être de beaucoup antérieur. Ce jugement ne peut donc acquérir l'autorité de la chose jugée sur ce dernier point. Dans tous les cas, le créancier, seul intéressé à justifier du droit de son débiteur, est d'autant moins représenté par celui-ci, qu'il peut arriver que ce débiteur trouve dans sa dépossession un avantage tel que sa résistance n'aura pas été sérieuse [1].

556. — 2° Représentants conventionnels ou légaux.

Le mandataire, agissant en cette qualité, ne constitue avec son mandant qu'une seule et même personne : *Qui mandat ipse fecisse videtur.* Dès lors, les jugements rendus sur les poursuites du premier profiteront ou nuiront au dernier, selon qu'ils auront été favorables ou contraires. Le mandant ne pourra donc plus être actionné ou actionner lui-même, quant à la chose ayant fait la matière de l'instance intentée ou suivie par son mandataire.

Toutefois, cela n'est absolument vrai qu'en tant que le mandant avait capacité de se faire représenter au moment où l'instance a été introduite et jugée. Aussi la cour de cassation a jugé, le 4 mars 1835, que le jugement rendu contre un capitaine de marine, comme représentant le propriétaire, mais postérieurement à la faillite de celui-ci, ne peut être opposé aux syndics comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée, alors qu'ils n'y ont été ni représentés ni appelés.

557. — Ce qui est jugé contre le tuteur est jugé contre le mineur : *Factum tutoris, factum pupilli.* En conséquence, les personnes que le tuteur aurait fait condamner ne seraient plus recevables à renouveler le procès contre le mineur devenu majeur. A son tour, celui-ci ne pourrait se soustraire aux adjudications prononcées contre le tuteur, sauf le droit de se pourvoir en requête civile dans le cas de non suffisante défense.

[1] L. 29, § 1, Dig., *de except. rei jud.*; l. 3, *princ.*, Dig., *de pign. et hypoth.* Conforme, Pigeau, *Obl.*, n° 905; Toullier, t. X, n° 199; *vid.*, sur les ayants cause, la discussion de Merlin.

558. — Les actions intentées par le mari, soit comme chef de la communauté, soit comme administrateur de la dot, sont censées jugées contre la femme malgré qu'elle n'ait pas figuré dans l'instance. Elle ne pourrait donc plus revenir contre ce qui a été décidé, sans s'exposer à être repoussée par l'exception de chose jugée. En effet, si elle n'a pas été personnellement en cause, elle a été valablement représentée par son mari, autorisé à agir pour elle et à l'engager [1]. Mais le mari serait tenu de l'indemniser des pertes que sa négligence aurait occasionnées pour elle.

559. — Ce qui est jugé entre la femme et un tiers ne l'est pas entre elle et son mari, présent dans l'instance pour l'assister et l'autoriser, ou comme exerçant ses actions. C'est ce que la cour de cassation a formellement consacré dans l'espèce suivante :

Après le décès d'un sieur Rousseau, laissant des enfants mineurs, un jugement du 18 pluviôse an VIII avait délaissé à la veuve, en payement de ses reprises, divers immeubles dépendants de la succession de son mari. La veuve Rousseau, épousant le sieur Fresnais, se constitua ces immeubles comme lui étant propres, avec stipulation expresse de remploi en cas d'aliénation.

La terre de Varennes, un de ces immeubles, ayant été vendue par les époux, ils ont acquis les domaines de Douet et de Redefond, avec déclaration de l'origine des deniers et de remploi au profit de la femme.

Plus tard, les mineurs Rousseau, devenus majeurs, ont fait annuler la liquidation de l'an VIII. Cette nullité, prononcée par un jugement de 1820, a été confirmée par arrêt de la cour de Rennes, du 31 mai 1821. La restitution des immeubles a été faite aux enfants.

En cet état, les époux Fresnais ayant fait prononcer leur séparation de corps, il s'est agi de savoir si les domaines de Douet et de Redefond, acquis en remplacement de celui de Varennes, dont la femme a été évincée, devaient appartenir à cette dernière, sans récompense, comme elle le soutenait, ou bien si, au contraire, ces biens devaient être réputés conquêts de communauté, comme le prétendait le mari, en excipant de la chose jugée résultant de l'arrêt du 31 mai 1821.

C'est dans ce dernier sens que se prononce le tribunal d'Angers, par jugement du 2 juillet 1822, confirmé par arrêt de la cour d'appel de la même ville, du 12 mars 1823.

Mais, sur le pourvoi de la dame Fresnais, l'arrêt de la cour d'Angers est cassé par la cour de cassation, pour fausse application des principes relatifs à la chose jugée.

« Attendu, dit la cour suprême, que si, par les jugement et arrêt des 22 février 1820 et 31 mai 1821, la liquidation du 18 pluviôse an VIII, formant le titre de la dame Fresnais, a été révoquée sur la réclamation de ses enfants, tout ce qui en résulte, c'est que les droits dont elle a longtemps joui ont été reconnus appartenir à ces mêmes enfants, comme héritiers de leur père ; qu'en exécution de ces jugements, pouvait s'élever la question de savoir si les enfants avaient droit de revendiquer les biens que leur mère avait acquis à titre de remploi, ou seulement ceux qu'elle s'était constitués propres et qu'elle avait aliénés ; mais que cette question ne pouvait être agitée qu'entre la mère et les enfants qui, seuls, avaient figuré dans ces jugements, et qui, seuls, avaient qualité pour soutenir les débats auxquels ils pouvaient donner lieu; mais que le sieur Fresnais, qui n'avait paru dans l'instance sur la liquidation de l'an VIII, personnelle à la mère, que du chef de sa femme et comme exerçant ses droits, ne pouvait pas personnellement se faire un titre de ces jugements de 1820 et 1821, rendus en faveur des enfants, sans exciper, contre toute règle, du droit d'autrui [2]. »

La cour de renvoi s'étant conformée à la doctrine de la cour de cassation, Fresnais se pourvut contre l'arrêt, mais son pourvoi fut rejeté le 23 novembre 1826.

560. — Le fondement légal et juridique de cette doctrine est la maxime que la chose jugée avec autrui ne saurait profiter ou nuire : *Res judicata aliis nec nocet, nec prodest.* Or, la prétention du mari de s'enrichir par l'effet du jugement qui avait dépouillé la mère au profit des enfants était insoutenable. Tant que ces derniers n'avaient pas revendiqué les biens et que leur mère les possédait matériellement, ces biens étaient, par rapport à l'époux, soumis à la loi du contrat de mariage. Les en faire sortir en faveur d'un jugement ne prononçant aucune adjudication au profit de l'époux, c'était réellement abuser du principe de la chose jugée, ou tout au moins en faire la plus étrange application. L'arrêt de la cour d'Angers méritait donc la censure dont il fut l'objet.

561. — Les syndics d'une faillite sont les

[1] *Vid.*, art. 1421, 1428, 1530, 1531 et 1549 du Code civ.

[2] Cass., 4 mai 1825.

administrateurs légaux des biens en dépendant. Ils représentent, quant à ce, le failli et les créanciers. Les jugements rendus contre eux ou obtenus à leur requête constituent donc la chose jugée en faveur ou contre le failli et les créanciers; et si le premier reprend plus tard l'exercice de ses actions, s'il est remis à la tête de ses affaires, il n'en demeure pas moins obligé d'exécuter ces jugements, tout comme il serait en droit d'en recueillir le bénéfice.

562. — Relativement aux créanciers, les syndics ne les représentent que pour les rapports que chacun d'eux peut avoir avec la faillite qu'ils administrent. De là cette conséquence : que les jugements rendus contre les syndics n'affectent que les droits que les créanciers ont contre la masse. C'est ce que la cour de cassation a explicitement consacré en décidant que les jugements qui condamnent les syndics à satisfaire à une obligation par eux prise au nom de la masse n'ont pas l'autorité de la chose jugée contre les créanciers personnellement; que leur exécution ne peut être poursuivie contre ces créanciers que jusqu'à concurrence des forces de la faillite [1].

De là il résulte encore que les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés, se trouvant placés en dehors des éventualités de la liquidation, ne peuvent être modifiés, altérés ou aliénés que par ces créanciers eux-mêmes. Conséquemment, les jugements obtenus contre ou par les syndics, au préjudice de ces droits, ne pourraient être opposés aux créanciers comme constituant l'autorité de la chose jugée [2].

563. — Les syndics étant les continuateurs du failli, tous les jugements antérieurs à la faillite doivent être respectés par eux. Ils ne pourraient remettre en question ce qui en a fait l'objet sans être repoussés par l'exception de chose jugée, sauf les cas de fraude spécialement prévus par les lois concernant les faillites.

564. — Il n'y a réellement aucune identité de personnes entre le débiteur principal et la caution. Il semblerait dès lors que la chose jugée avec l'un ne devrait ni nuire ni profiter à l'autre. Cependant le droit romain décidait nettement le contraire [3], et cette solution avait été pleinement admise par notre ancienne jurisprudence.

« La raison, dit Pothier, c'est que la dépendance de l'obligation d'une caution de celle du débiteur principal, à laquelle elle a accédé, fait regarder la caution comme étant la même partie que le débiteur principal, à l'égard de tout ce qui est jugé pour ou contre celui-ci. C'est pourquoi si le débiteur principal a eu congé de la demande du créancier, pourvu que ce ne soit pas sur des moyens personnels à ce débiteur principal, la caution, depuis poursuivie, peut opposer au créancier l'exception *rei judicatæ*.

« Le créancier ne peut, en ce cas, répliquer que c'est *res inter alios judicata*. Car, étant de l'essence du cautionnement que l'obligation de la caution dépende de celle du débiteur principal, qu'elle ne puisse devoir que ce qu'il doit, qu'elle puisse opposer toutes les exceptions *in rem* qui peuvent être par lui opposées, il s'ensuit que tout ce qui est jugé en faveur du débiteur principal est censé l'être en faveur de la caution, qui doit à cet égard être censée la même personne que lui. *Vice versa*, lorsque le jugement a été rendu contre le débiteur principal, le créancier peut l'opposer à la caution et demander qu'il soit exécutoire contre elle. »

Les articles 2036 et 2250 du Code civil prouvent que ces règles sont passées dans le droit qui nous régit. Le premier autorise la caution à opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. Or, de toutes les exceptions, celle de la chose jugée, ayant anéanti la dette, est la plus importante, la plus décisive. Elle appartient incontestablement au débiteur principal, on ne saurait dès lors la refuser à la caution sans violer l'article 2036.

Vainement dirait-on que c'est là une exception personnelle au débiteur, que la loi défend à la caution d'invoquer. Il n'y a d'autres exceptions de ce genre que celles exclusivement attachées à la personne et résultant d'une qualité qu'elle seule peut invoquer. Ainsi l'état de femme mariée, de mineur, d'interdit, etc..., c'est là un motif de nullité de l'obligation, mais de nullité relative. La caution pourra d'autant moins s'en prévaloir, que son engagement tient peut-être à la connaissance de l'incapacité du débiteur principal et au désir du créancier de se soustraire ainsi au danger qu'il redoute. Si donc le jugement avait annulé l'obligation du débiteur principal sur une de ces causes, la caution ne pourrait l'invoquer. Alors, mais alors seulement, il s'agirait d'une exception exclusivement personnelle au premier.

D'autre part, l'article 2250 dispose que l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa

[1] Cass., 17 mars 1840; J. D. P., t. Ier, 1840, p. 546.
[2] Cass., 11 mars 1825.
[3] L. 21, § 4, Dig., *de except. rei jud.*

reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution. « Il résulte évidemment de cet article, dit Merlin [1], que dans les poursuites exercées contre le débiteur principal, et dans les actes qui, de sa part, tendent à les prévenir, la caution est considérée par la loi comme ne formant avec lui qu'une seule et même personne; comme représentée par lui; et de là à la conséquence que le jugement rendu contre le débiteur principal est censé rendu contre la caution, il n'y a qu'un pas qu'il est impossible de ne pas franchir. » Telle est aussi l'opinion de Toullier [2].

Merlin et Toullier admettent donc que ce qui a été jugé par rapport à la dette, contre le débiteur principal, réfléchit directement contre la caution, et de là ils concluent avec raison qu'à défaut d'appel de la part de l'un, l'autre pourra l'émettre de son chef, dans les trois mois de la signification du jugement qui lui serait faite à personne ou à domicile. Mais de là aussi résulte l'impossibilité pour la caution de former tierce opposition au jugement. Le contraire, admis par la cour de Lyon, a été repoussé par la cour de cassation [3]. Toutefois, et aux termes de la doctrine de la cour suprême, cette impossibilité n'existe que pour le cas où la tierce opposition reposerait sur des moyens communs avec le débiteur principal, déjà soumis au juge et appréciés par lui. Si les moyens étaient purement personnels à la caution, la tierce opposition serait recevable.

La caution ne représente dans aucun cas le débiteur principal. Dès lors les jugements rendus en sa faveur ou contre elle ne sauraient être opposables ou profiter à celui-ci. L'identité des parties requise par l'article 1351 n'existerait pas dans les deux instances. Il ne pourrait donc y avoir chose jugée.

Cette règle ne souffre aucune exception lorsque la caution a été condamnée. Elle en comporte une dans l'hypothèse contraire. En effet, si le jugement déclare que la caution est libérée parce qu'elle a payé la dette, le débiteur principal pourra s'en prévaloir par un double motif : 1° parce que le payement a anéanti la dette vis-à-vis du créancier, qui ne saurait prétendre être payé par le débiteur, après l'avoir été par la caution; 2° parce que le jugement qui constate que celle-ci a payé lui donne le droit de se faire rembourser par le débiteur. Ce jugement équivaut donc à une cession de la part du créancier, car il transfère, à proprement parler, la créance sur la tête de la caution, qui peut seule à l'avenir en demander et en poursuivre le payement.

Dans tous les autres cas, la libération obtenue par la caution reste sans influence sur le sort du débiteur principal. Le jugement demeure pour celui-ci *res inter alios judicata*, et il peut être condamné tandis que la caution a été renvoyée de l'instance. Il n'y aurait même là rien de contradictoire, car l'engagement de la caution peut être irrégulier et nul, et la dette du débiteur exister très-légalement. Il reste donc nécessairement obligé tant qu'un jugement ne l'a pas personnellement et contradictoirement délié de ses obligations.

565. — Les débiteurs solidaires sont les représentants les uns des autres. Celui qui paye fait la chose de tous, agit pour tous, et cette faculté il la puise dans les principes régissant la solidarité. La dette solidaire n'est qu'une seule et même dette, ceux qui l'ont contractée se sont réciproquement donné le mandat d'agir un seul pour tous. Le jugement rendu en faveur ou contre l'un d'eux est donc censé rendu en faveur ou contre tous les autres.

Cette conséquence nous paraît résulter expressément de divers textes de lois. Ainsi l'article 1206 dispose que les poursuites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous les autres; l'article 2249 ajoute que l'interpellation faite, conformément aux articles ci-dessus, à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interrompent la prescription à l'égard de tous les autres. Enfin nous lisons dans l'article 1365 que le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite à tous les autres.

C'est cependant dans cet article qu'on a voulu puiser un argument en faveur de l'opinion contraire. Le législateur, a-t-on dit, se tait sur l'effet du serment déféré par l'un des débiteurs solidaires, il n'admet donc pas qu'il puisse lier les autres codébiteurs. D'où la conséquence que si le débiteur solidaire peut améliorer la position des autres débiteurs, il ne peut jamais la rendre plus mauvaise; dès lors, tout en profitant du jugement favorable à leur codébiteur, les débiteurs solidaires ne devraient pas être atteints par le jugement ayant condamné celui-ci.

Les articles 1206 et 2249 répondent suffisamment à ce qui fait la force principale de cette

[1] *Quest. de droit*, v° *Chose jugée*, § 18.
[2] T. X, nos 209 et 210.
[3] 27 nov. 1811.

objection. L'un et l'autre, en effet, prouvent que les actes faits avec, par ou contre le débiteur solidaire, obligent les autres codébiteurs. Le dernier reconnaît formellement au codébiteur solidaire la faculté de priver ses codébiteurs du bénéfice de la prescription et d'empirer ainsi leur position. On ne saurait donc, sous le prétexte d'un résultat semblable, décider que le jugement rendu contre l'un doit rester étranger à tous les autres. On fait très-légalement, par l'intermédiaire de la justice, ce qu'il est permis de faire spontanément et volontairement.

Tout ce qui résulte de l'article 1365, c'est que la loi a positivement exclu la délation du serment des actes que le codébiteur solidaire peut faire au nom et dans l'intérêt de tous les autres débiteurs. Le fondement de cette exclusion est très-rationnel, car le mandat qui résulte de la solidarité est celui de se défendre mutuellement par rapport à la dette commune. Or, déférer le serment, c'est renoncer à toute défense; c'est, en quelque sorte, donner sans condition [1], et, par conséquent, agir en dehors des limites du mandat.

Ainsi, l'article 1365 considère la délation du serment par le débiteur du même œil que la remise consentie par l'un des créanciers solidaires; et de même que cette remise ne comprend que la part de ce créancier [2], de même le serment déféré et accepté n'a d'effets qu'à l'encontre du débiteur. Mais une exception, résultant d'ailleurs d'un texte précis, n'a jamais eu pour effet de détruire la règle, elle la confirme au contraire, car sans celle-ci l'autre était complétement inutile. Or, la règle, en notre matière, étant que le débiteur solidaire agit pour tous les autres codébiteurs, la conséquence à en tirer, c'est que le jugement régulièrement obvenu contre l'un produit tous ses effets contre les autres.

Bien entendu, au reste, que cela ne se produit que pour les moyens communs et inhérents à la dette, car les exceptions personnelles à chacun des débiteurs solidaires ne pouvant, aux termes de l'article 1208, être invoquées que par lui, échappent forcément à l'autorité du jugement, dans lequel celui qui est au cas de les faire valoir n'a pas personnellement figuré. Il serait donc toujours recevable à en exciper. Il pourrait même, dans cet objet, former tierce opposition au jugement [3].

566. — L'identité des parties exigée par la loi s'entend moins de leur condition physique que de la qualité en laquelle elles ont agi. Celui qui a figuré au procès par le ministère d'un tiers a été réellement la seule partie intéressée. Il serait donc non recevable à intenter plus tard la même demande aussi bien que s'il avait nommément et personnellement agi. Par une juste et nécessaire réciprocité, celui qui n'a soutenu le litige que comme mandataire d'un autre, pourra ultérieurement demander, en son nom propre, l'objet qui faisait la matière du procès déjà jugé. Il est évident, en effet, qu'exercer un droit au nom et dans l'intérêt exclusif d'un tiers, ce n'est renoncer ni directement, ni indirectement au droit analogue qui peut vous appartenir personnellement et sur lequel d'ailleurs le juge n'a pu ni dû prononcer.

La même personne peut avoir deux droits qu'elle n'est pas toujours obligée de cumuler lorsqu'elle prétend les exercer. Or, chacun de ces droits peut puiser sa source dans une qualité différente. L'existence de ces qualités autorise donc autant d'instances distinctes.

567. — Ainsi je revendique un immeuble en vertu d'un droit personnel. Je succombe. Plus tard, j'hérite d'un tiers ayant sur cet immeuble un droit analogue à celui que j'ai vainement réclamé. Je réalise de nouveau l'action en revendication. Dans cette instance, comme dans la première, la chose demandée sera la même, la cause pourra être identique. Les parties seront physiquement les mêmes; cependant l'exception de chose jugée ne sera pas recevable, parce que j'agis dans la seconde en une qualité différente de celle que j'avais dans la première. Le droit que j'y exerce ne m'appartenait pas dans l'origine, il reposait sur la tête de la personne que j'ai été appelé à représenter. Elle pouvait l'exercer sans craindre qu'on pût lui opposer le résultat de la demande que j'avais intentée et à laquelle elle était demeurée étrangère. Or, ce qu'on ne pouvait faire contre elle, on ne le pourrait contre moi, lorsque, appelé à lui succéder, je fais valoir l'action qui lui appartient.

C'est par application de ce principe que l'ayant cause peut quelquefois revenir sur la chose jugée avec son auteur. C'est ce que la cour de Toulouse a justement admis en jugeant, le 16 juin 1836, que lorsqu'un individu a été déclaré non recevable à attaquer, pour cause de simulation, un acte de vente par lui consenti, ses enfants peuvent néanmoins, sans qu'on puisse leur opposer l'autorité de la chose jugée sur l'action inten-

[1] Merlin, *loco citato*.
[2] Art. 1198.
[3] Conforme, Merlin, *loco citato*; Toullier, t. X, n° 202; Pothier, n° 909.

tée par leur auteur, attaquer ce même acte de vente comme contenant une donation déguisée dont ils demandent la réduction. En effet, les enfants ont, pour tout ce qui concerne leur réserve, un droit propre et personnel, dont le père n'a jamais eu la disposition et qu'il n'a pu ni altérer ni détruire. Ils ne peuvent, dès lors, être considérés, quant à ce, comme les ayants cause de leur père, et, en cette qualité, liés par l'événement de l'instance qu'il a soutenue.

En thèse ordinaire donc, chacun peut renouveler autant de fois l'action qu'il a de droits distincts; il peut, après avoir succombé en son propre nom, agir comme représentant celui-ci, revenir ensuite comme l'ayant cause de celui-là. Il y a, en effet, autant de droits différents qu'il y a de personnes distinctes, et chacun de ces droits fournit une cause prochaine à l'action. Mais nous supposons, dans cette hypothèse, que ces divers droits ne se sont ouverts que successivement. Il en serait autrement si, avant l'introduction de la première instance, ils reposaient tous sur la tête du poursuivant. La confusion qui en serait résultée substitue aux droits particuliers un droit unique, un patrimoine exclusif, personnel à l'héritier, et à raison duquel il ne saurait intervenir qu'un seul jugement, par la raison qu'il ne pourrait jamais exister qu'une seule action : *Non enim potest amplius duas separatim movere, illæ enim actiones non sunt amplius separatæ, cum in eadem persona concurrant* [1].

La confusion de deux héritages amène donc celle des qualités. Il n'y a plus de droit particulier au père, à la mère dont on a hérité, et de droit personnel à l'héritier. Celui-ci existe désormais seul et comprend de plein droit tous les autres. D'où la conséquence que le jugement intervenu sur une action intentée postérieurement à la confusion rend toute action ultérieure non recevable, alors même qu'on prétendrait l'exercer en qualité d'héritier de tel ou tel. Le successeur, dit Toullier, doit et peut appeler au secours de son action tous les moyens capables d'en assurer le triomphe, mais il ne peut pas plus séparer les qualités d'héritier de son père, de sa mère, qu'il ne pourrait séparer celles d'héritier de son aïeul, de son aïeule, d'un oncle, d'un frère, etc..., car si l'on admettait de pareilles séparations fictives, quel serait le terme du procès [2]?

Cet effet particulier de la confusion cesserait si celle-ci ne s'est pas opérée. Or, on sait que l'acceptation bénéficiaire empêche toute confusion. Dès lors, l'héritier qui aurait réalisé cette acceptation serait à l'instar de celui qui n'a recueilli les diverses successions que successivement. Il pourrait donc exercer autant d'actions qu'il y a de droits différents, sans qu'on pût lui opposer l'exception de chose jugée sur l'une d'elles.

568. — Telles sont les conditions exigées par l'article 1351, conditions impérieuses et dont la réunion peut seule constituer l'autorité de la chose jugée. Ces conditions doivent être rigoureusement observées, car l'action est de droit commun, et, dans le doute, c'est en sa faveur qu'on doit se prononcer.

Cependant la jurisprudence a introduit une exception quant à l'identité des parties. Elle a admis que l'instance, suivie de bonne foi et sans collusion avec l'héritier apparent, créait la chose jugée en faveur et contre l'héritier réel. Cette exception est juste en équité et en raison. L'héritier apparent exerce valablement les actions de la succession, on est obligé de s'adresser à lui, comme de répondre à son attaque; et, puisque cette obligation n'est que la conséquence de la négligence de l'héritier réel, il ne serait pas rationnel de punir les tiers en les rendant victimes de cette négligence.

La cour d'appel de Pau a admis le principe à l'endroit du propriétaire apparent. Elle a en effet décidé que les jugements rendus sans collusion contre le possesseur jouissant de tous les droits attachés à la propriété ont l'autorité de la chose jugée contre le véritable propriétaire qui ne s'est fait connaître qu'après la décision du procès, qu'en conséquence celui-ci n'est pas recevable à les attaquer par la voie de la tierce opposition. Voici les motifs puissants à l'aide desquels la cour arrive à cette solution :

« Attendu qu'il est de principe que le possesseur est de droit réputé propriétaire de la chose possédée, tant que le propriétaire ne se présente pas; que puisque le possesseur jouit de tous les droits attachés à la propriété, il en résulte du moins que les actes qu'on est contraint de faire avec lui ou contre lui, relativement à la chose possédée, doivent être valables; qu'ainsi l'article 1240 du Code civil, en renouvelant les dispositions du droit romain, a déclaré que le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que ce possesseur

[1] Pothier, *Pand.*, liv. XLVI, t. III, § 1; *vid.* L. 10, Dig., *de act. empt.*

[2] T. X, n° 214.

en soit plus tard évincé; que par la même raison ceux qui ont des droits à exercer, relativement à la chose possédée, doivent pouvoir s'adresser au propriétaire apparent, tant que le véritable propriétaire reste inconnu. Que, s'il en était autrement, et que l'on fût obligé de recommencer, avec les propriétaires qui étaient restés cachés, les procès jugés contradictoirement avec les propriétaires apparents, le litige pourrait devenir interminable au moyen de mutations successives et secrètes; enfin, les demandeurs pourraient se trouver exposés à voir s'écouler, pendant le cours de procédures vaines, un temps assez grand pour éteindre leur action ou faire disparaître leurs preuves; qu'un tel système, qui porterait le trouble dans la société, est réprouvé par la justice, par la jurisprudence et par l'opinion commune des auteurs [1]. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté par la cour de cassation, le 7 juillet 1824. Il est vrai que la cour suprême motive son arrêt plutôt sur le fait que sur le droit. Mais, en présence de la doctrine si juridique de la cour de Pau, il y a lieu de croire que si son examen eût été nécessaire, le sort du pourvoi n'eût pas changé.

569. — En résumé, la chose jugée, n'étant qu'une exception, doit être sévèrement appréciée. Elle ne peut être admise que dans les conditions que nous venons d'examiner. Si ces conditions se rencontrent, toute nouvelle action est impossible, la première sentence ayant complétement épuisé le litige et enlevé au magistrat son caractère de juge : *Judex postea quam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit* [2]. Cet effet ne se réalise pas seulement à l'égard des juges qui ont rendu la sentence, il régit tous les tribunaux français. Quel que fût donc le juge investi de la connaissance du second litige, il ne pourrait passer outre à l'examen et au jugement, en présence de l'exception de chose jugée, soulevée par une des parties.

Cette exception ne constitue dans tous les cas qu'un avantage que la partie peut répudier. Le juge n'est donc pas tenu de la consacrer d'office et de suppléer au silence de la partie. Il n'en est pas de même en matière criminelle, la règle *non bis in idem* doit être toujours rigoureusement appliquée. Le jugement qui l'aurait violée, alors même qu'aucune des parties ne l'a invoquée, n'échapperait pas à la censure du degré supérieur ou à celle de la cour de cassation.

[1] 4 juillet 1823.
[2] L. 55 et 62, *de re jud.*

SECTION II.

DE LA RATIFICATION.

SOMMAIRE.

570. — Définition de la ratification faisant la matière de la section.
571. — Fondement juridique de cette fin de non-recevoir.
572. — Principes généraux qui la régissent.
573. — Premier principe. — Capacité de la partie.
574. — Deuxième principe. — Vice purement relatif à l'intérêt privé.
575. — Troisième principe. — Acte nul ou sujet à rescision.
576. — Doit-on placer dans cette catégorie l'acte non signé par toutes les parties? Controverse entre Merlin et Toullier d'une part, et Zachariæ de l'autre.
577. — Jurisprudence.
578. — Quatrième principe. — Effet rétroactif de la ratification.
579. Cinquième principe. — Liberté dans le consentement.
580. — Conditions de la validité de la ratification expresse.
581. — 1° Elle doit rappeler la substance de la convention.
582. — 2° L'existence du vice.
583. — Conséquences de cette condition à l'endroit des vices autres que celui mentionné. — Opinion de Favard de Langlade.
584. — Réfutation.
585. — La ratification pour lésion exclut tout reproche ultérieur de violence.
586. — Mais non pour le reproche de dol.
587. — *Quid* si la ratification émanait de l'héritier de celui qui a été violenté ou trompé?
588. — 3° Elle doit rappeler l'intention de corriger le vice.
589. — L'acte de ratification n'est soumis à aucune forme déterminée.
590. — Exception lorsque l'acte à ratifier exige la forme authentique.
591. — La ratification imparfaite peut être complétée.
592. — Mais l'acte imparfait ne peut servir de commencement de preuve par écrit, ni autoriser la preuve testimoniale.
593. — La ratification résultant de l'exécution est assimilée à la ratification expresse.
594. — Caractères de cette exécution.
595. — 1° Actes devant la constituer.
596. — L'existence des faits d'exécution est laissée à la prudence du juge.
597. — L'acte d'exécution doit être personnel.
598. — Positif et non équivoque.
599. — Des offres de payement non acceptées ne contiendraient pas ratification.
600. — Il en serait de même d'une mesure conservatoire réalisée avant la demande en nullité.
601. — L'exécution partielle suffit pour qu'il y ait ratification.
602. — 2° L'exécution doit être volontaire.
603. — Effet de l'erreur de droit, quant à la ratification.
604. — Opinion de Toullier sur la ratification obtenue sous l'influence de la menace d'une contrainte ou d'un procès.
605. — Vices de cette doctrine.

606. — 3e Époque à laquelle l'exécution volontaire entraîne ratification.
607. — Questions que soulèvera ordinairement le litige.
608. — A qui incombe la charge de prouver que la ratification a été utilement donnée?
609. — L'exécution volontaire, après la connaissance du vice dont cet acte est entaché, emporte l'intention de purger ce vice.
610. — *Quid* si l'exécution découle de la nature de l'acte?
611. — Le payement intégral ou partiel d'une lettre de change ou de tout autre effet négociable, entre les mains du tiers porteur, n'est point une ratification.
612. — Les principes applicables aux obligations s'appliquent aux libéralités.

570. — En droit, la ratification obéit à des principes différents, selon qu'elle s'applique à un acte valablement fait au nom et dans l'intérêt d'un tiers, ou à une convention que les parties contractantes peuvent faire rescinder ou annuler. La première est régie par l'article 1998 du Code civil, la seconde par l'article 1338. C'est de cette dernière que nous nous occupons exclusivement.

Dans le sens de l'article 1338, ratifier un traité, c'est en reconnaître la légitimité; c'est consentir à ce qu'il soit exécuté dans un temps plus ou moins prochain. Toute prétention ultérieure, tendant à contester l'une ou à empêcher l'autre, serait donc essentiellement contraire à l'acte de ratification. Cette contradiction rendrait l'action non recevable.

571. — Cette fin de non-recevoir a son fondement juridique dans ce principe : qu'il est loisible à chacun de renoncer à un droit existant à son profit. Or, celui qui, pouvant faire annuler ou rescinder une obligation, consent à en resserrer le lien ou, mieux encore, à l'exécuter, ne saurait prouver plus énergiquement qu'il entend répudier la faculté de décliner les conséquences de son engagement.

Aussi le législateur a-t-il placé sur la même ligne la ratification expresse, résultant de l'acte de reconnaissance ou de confirmation de l'obligation nulle ou rescindable, et la ratification tacite que l'exécution entraîne par elle-même; c'est ce que dispose textuellement l'article 1338, en indiquant les caractères et les conditions de chacune d'elles.

572. — Avant d'entrer dans l'examen de ces conditions, il n'est pas sans intérêt de rappeler quelques principes généraux qui doivent les régir; nous arriverons ensuite aux caractères constitutifs, particuliers à chaque espèce de ratification.

573. — Premier principe. La ratification renfermant l'aliénation d'un droit, il faut, pour être capable de ratifier, avoir la capacité d'aliéner. Ainsi le mineur, l'interdit, la femme mariée, dans les cas prévus par la loi, ne peuvent légalement ratifier tant qu'ils sont dans les liens de la minorité, de l'interdiction, du mariage.

574. — Deuxième principe. Le vice dont on entend purger le contrat doit être uniquement relatif à l'intérêt privé des parties. La ratification s'appliquant à une nullité d'ordre public serait complétement inefficace. Atteinte du même vice que l'obligation primordiale, elle n'échapperait pas au sort que la loi réservait à celle-ci.

Il ne dépend pas, en effet, des parties de modifier les dispositions sanctionnées dans un intérêt général et public. Tout ce qu'elles feraient à cet égard ne créerait aucun lien entre elles. Il leur serait donc toujours loisible d'en faire prononcer l'infirmation. L'obligation illicite ou contraire aux bonnes mœurs, nulle en principe, ne saurait être validée par l'effet de la confirmation émanant de la même volonté qui eût été impuissante à la consentir *ab initio*. Or, ce que la volonté clairement exprimée ne pourrait faire, la volonté présumée ne saurait l'accomplir. L'impossibilité de ratifier expressément entraîne de plein droit celle de ratifier tacitement. Aussi l'exécution jusque-là donnée, soit à la convention nulle aux yeux de l'ordre public, soit à des conventions de même nature, ne pourrait empêcher la consécration de la nullité, dès qu'elle serait demandée. Ces divers points de doctrine, consacrés par les auteurs, résultent d'une jurisprudence imposante.

Ainsi il a été jugé que la ratification faite par un individu devenu majeur, d'une condamnation avec contrainte par corps, prononcée contre lui en minorité, est radicalement nulle quant à la contrainte par corps [1].

Qu'on ne peut admettre comme une raison de valider un marché à terme illicite, l'exécution volontaire et de bonne foi donnée précédemment à des conventions de même nature [2].

Que l'exécution, novation ou ratification d'actes ayant une cause illicite, telle que l'usure, ne couvre pas la nullité de ces actes [3].

Il est évident, en effet, que, dès que la tentative de frauder la loi ne saurait produire aucun effet, on ne pouvait, sans inconséquence, valider les moyens à l'aide desquels les parties ont voulu pallier, dénaturer ou consommer la fraude.

[1] Rouen, 15 novembre 1825.
[2] Lyon, 31 décembre 1832.
[3] Cass., 31 décembre 1833.

La prohibition de la loi qui proteste contre la contravention proteste aussi formellement contre son exécution. Quelle que soit donc celle qu'elle a reçue, et, en supposant même que ce qui aurait été payé ne fût pas répétible, la demande en nullité pour l'avenir ne devrait pas moins être consacrée.

Ainsi, le débiteur, ayant exécuté partiellement, sera recevable à répudier la partie de ses engagements qui reste encore à accomplir, à une condition cependant, à savoir : que le motif d'ordre public déterminant la nullité ait continué d'exister. Si ce motif n'était que temporaire, et s'il avait cessé d'exister au moment où la convention a été exécutée en tout ou en partie, cette exécution pourrait constituer une ratification valable et créer une fin de non-recevoir contre l'action en nullité ultérieurement intentée.

La loi prohibe tout pacte sur succession future, toute renonciation à la succession d'un homme encore vivant. Cette prohibition est d'ordre public; mais elle n'est aussi que temporaire. La succession venant à s'ouvrir, ceux qui sont appelés à la recueillir sont libres d'en disposer à leur volonté. Jusque-là, le pacte ou la renonciation illicite n'a pu être ratifiée ni confirmée, mais elle peut l'être dès ce moment, puisque le droit de l'attaquer peut utilement être exercé. Conséquemment si, au lieu d'user de ce droit, la partie intéressée ratifie le pacte, confirme la renonciation; si elle exécute les obligations qui résultent de l'un ou de l'autre, elle ne saurait revenir contre cette ratification. Vainement exciperait-elle du caractère primitif de l'acte. On lui répondrait, avec raison, qu'après l'ouverture de la succession, l'ordre public n'avait plus rien à démêler avec les stipulations dont cette succession pouvait être l'objet; que libres de traiter, les parties ont pu maintenir ce qu'elles avaient déjà fait; qu'il suffit donc que le pacte réprouvé dans l'origine ait été exécuté depuis le moment où la prohibition d'ordre public s'est effacée pour qu'il doive produire tous ses effets [1].

575. — Troisième principe. On ne peut ratifier qu'un acte nul ou sujet à la rescision. La ratification suppose donc l'existence d'une obligation reconnue par le droit positif. D'où Zachariæ tire cette conséquence : qu'on ne peut ratifier une obligation naturelle ou une obligation inexistante.

[1] Rouen, 30 décembre 1823; cass., 11 août 1825; Grenoble, 25 mars 1831.

[2] *Rép.*, v° *Ratif.*, n° 9.

576. — Doit-on ranger dans cette dernière catégorie l'obligation non revêtue de la signature de toutes les parties? L'affirmative, soutenue par Merlin, dans un réquisitoire du 27 août 1812 [2], a été consacrée par quelques arrêts. Elle s'étaye sur ce qu'un acte non signé par les parties, faussement qualifié de contrat, ne crée aucune action en justice; qu'il n'est donc pas susceptible de ratification, car on ne peut confirmer que ce qui a une existence réelle aux yeux de la loi, indépendamment du vice qu'il s'agit de faire disparaître.

La négative est vivement soutenue par Toullier [3]. Pour ce jurisconsulte, l'absence de signature n'est qu'une nullité d'intérêt privé. Or, il n'existe aucune nullité de ce genre qui ne puisse être ratifiée. Ainsi, le titre non signé ne fait pas preuve de l'obligation, les parties sont présumées ne pas l'avoir consentie. Mais cette présomption ne disparaît-elle pas lorsque celui qui pouvait s'en prévaloir, et obtenir l'anéantissement de l'acte, l'a volontairement exécuté ou a consenti à ce qu'il le fût plus tard? C'est ce que Merlin a pensé lui-même en abandonnant l'opinion qu'il avait d'abord soutenue pour adopter celle de Toullier [4].

L'accord de ces deux maîtres n'a pas convaincu Zachariæ. Il ne peut, dit-il, adopter les motifs sur lesquels ils se fondent, ni admettre que les obligations réellement inexistantes soient susceptibles de ratification.

Il est certain qu'en raisonnant dans l'hypothèse admise par Zachariæ, à savoir : celle où, au moment de conclure une convention, l'une des parties refuse de signer l'acte qui doit en constater l'existence, il faut dire, comme lui, que ce refus de signature équivaut à un refus de contracter, qu'il n'y a donc pas eu réellement de convention.

Mais le défaut de signature à l'acte peut tenir à de tout autres motifs; il peut être le résultat d'une omission involontaire, d'une négligence. Il est évident, dans cette hypothèse, que l'obligation existe, malgré l'imperfection du titre qui la constate.

Or, il est un moyen certain, positif de reconnaître dans quelle catégorie on doit ranger l'obligation querellée pour défaut de signature; ce moyen, c'est la conduite des parties qui le fournit. Évidemment, si le refus de signature tient au refus de contracter, on peut facilement pré-

[3] T. VIII, p. 719, n° 517.

[4] *Quest. de droit*, v° *Ratif.*, n° 3.

voir qu'il ne viendra à l'esprit d'aucune d'elles de confirmer ce qu'elle n'a pas voulu faire et moins encore de donner à l'acte aucune exécution. Si donc l'acte a été confirmé, s'il a été exécuté, il faudra nécessairement admettre que, sous un titre irrégulier, existait une obligation certaine, positive, conséquemment susceptible de ratification.

L'auteur de cette ratification essayerait donc vainement d'en répudier les effets. C'est parce qu'on ne ratifie pas ce qui n'a jamais existé, qu'on verrait dans sa conduite la preuve de l'existence de l'obligation; que le titre primordial n'eût pas de force probante, que cet état des choses dût faire prononcer la nullité de l'obligation, c'est ce qui est incontestable, mais c'est ce qui se réalise dans tous les cas de nullité. La ratification n'a pas d'autre objet que de remédier à cet inconvénient. Dès lors, celui qui, placé dans cette alternative, ou de faire annuler la convention ou de la ratifier, a opté pour ce dernier parti, a suffisamment prouvé la sincérité de l'obligation qu'il exécute ou qu'il consent à exécuter.

On ne doit donc pas confondre l'obligation réellement inexistante avec celle résultant d'un titre imparfait. Il n'est plus permis surtout de s'y tromper, lorsque celui qui est seul intéressé à la ruine du titre a formellement ou tacitement déclaré renoncer à s'en prévaloir. A dater de cette renonciation, il ne lui est plus permis de prétendre que son obligation n'existait pas.

577. — C'est dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence. Ainsi, la cour d'Amiens a jugé, le 24 prairial an XIII, que la nullité, résultant de l'absence de signature de l'une des parties, est couverte par la demande d'exécution de la partie signataire et que le défaut de signature d'un acte synallagmatique peut être réparé par une accession postérieure et par le consentement donné avant la demande en nullité [1].

Ce principe a été, plus virtuellement encore, consacré par la cour de cassation dans une espèce fort remarquable. La cour de Poitiers avait décidé que l'exécution donnée à une transaction non signée par les parties renfermait une ratification valable. Cette décision était déférée à la cour de cassation, comme ayant faussement appliqué l'article 1338 du Code civil.

Cet article, disait le demandeur en cassation, n'est applicable que lorsque la nullité provient d'un défaut de capacité ou de consentement et non d'un vice de forme. En effet, si l'on admettait qu'un contrat qui, comme la transaction, doit être nécessairement prouvé par écrit, pût se prouver par l'exécution, quand l'acte n'a point reçu son complément, l'obligation d'une preuve écrite deviendrait illusoire, puisque les faits d'exécution étant de nature à s'établir par témoins, il serait toujours possible de suppléer la preuve écrite à l'aide de la preuve testimoniale.

Comme on voit, la question était nettement posée devant la cour de cassation. Voici comment elle a été tranchée : « Attendu que l'exécution donnée par toutes les parties à l'acte du 4 août 1807 s'opposait à ce qu'il pût être proposé aucune nullité, s'il y en avait à proposer contre cet acte, la cour rejette le pourvoi [2]. »

Il est vrai que la même cour a jugé, le 6 juillet 1836, qu'un acte de partage radicalement nul, faute d'avoir été signé par les parties, ne pouvait pas être ratifié par l'exécution, parce qu'il n'avait jamais existé. Mais il est à remarquer que dans cette espèce les parties avaient fait constater par le notaire leur refus de signer; dès lors l'exécution donnée aux dispositions projetées ne pouvait être que la conséquence de la qualité des parties et ne constituait qu'un partage provisionnel. Ajoutons que le copartageant qui avait refusé de signer était une femme mariée et que l'exécution faite par le mari ne pouvait, dans aucun cas, être considérée comme une ratification par la femme.

La cour de cassation aurait-elle décidé de même si le partage était intervenu entre majeurs et capables? Si l'acte n'eût pas constaté le refus de signer de la part de la partie? Si l'exécution avait été strictement conforme à ses dispositions? Il est permis d'en douter. L'arrêt que nous venons de rapporter prouve que ce doute n'est pas sans fondement.

Au reste, on comprend qu'en matière de partage il est difficile de décider si l'exécution donnée à l'acte nul a été la conséquence de cet acte ou si elle n'est que le résultat d'un accord tacite entre les copartageants. Mais cette difficulté n'existe plus lorsqu'il s'agit d'obligations en général. Siérait-il, par exemple, à un vendeur de contester la sincérité de l'acte non signé, si depuis cet acte, et en force de ses stipulations, il avait reçu le prix et délivré la chose?

L'arrêt de 1836 est un arrêt d'espèce plutôt que de principe. Il n'affaiblit donc en rien l'autorité de celui de 1820, au principe duquel se sont

[1] Dalloz A., t. X, p. 712.

[2] 19 novembre 1820.

rangés un grand nombre de cours et tribunaux [1]. La cour d'Aix, notamment, a jugé, le 26 janvier 1847, sur ma plaidoirie, que l'acte d'atermoiement exécuté par toutes les parties ne pouvait plus être querellé pour défaut de signature, soit du débiteur, soit de quelques créanciers.

Ainsi, l'absence de signature à l'acte fait présumer l'inexistence de l'obligation, mais elle n'en est pas une preuve péremptoire. La ratification postérieurement donnée justifie le contraire; elle est donc valable, car il y a réellement dans ce cas une obligation nulle aux yeux de la loi et, dès lors, susceptible d'être confirmée. On ne peut distinguer là où le législateur n'a pas distingué lui-même. Conséquemment, que la nullité provienne de l'incapacité de la partie, d'un vice de consentement ou d'un vice de forme; qu'elle altère le caractère essentiel de l'acte ou sa force probante, la ratification la fait également disparaître; en d'autres termes, l'acte existe malgré la nullité, et il n'est pas, comme l'enseigne Toullier, de nullité fondée sur l'intérêt privé qui ne puisse être réparée par la ratification expresse ou tacite.

578. — Quatrième principe. La ratification a un effet rétroactif. L'acte valablement ratifié est présumé se suffire *ab initio*. Il produit donc, en faveur du créancier, tous les effets dont il est susceptible à partir de sa date.

Toutefois, les droits acquis à des tiers, dans l'intervalle de l'acte à la ratification, ne peuvent recevoir de celle-ci ni modification ni altération. Comme l'intérêt public lui-même, le droit des tiers est au-dessus et en dehors des stipulations des parties. Or, la ratification peut bien nuire à son auteur, mais elle ne saurait rétroagir contre ceux qui ont traité avant sa réalisation [2]. L'effet rétroactif de la ratification est donc purement personnel aux parties. C'est ce qui a déterminé la cour de cassation à décider que la ratification du mari, sans le concours de la femme, est impuissante pour effacer les vices d'une obligation contractée par celle-ci, sans son consentement et sans son autorisation [3].

579. — Cinquième principe. La ratification doit émaner d'une volonté éclairée et libre. C'est ce principe qui a dicté les conditions que l'article 1338 impose à la ratification.

580. — Aux termes de sa disposition, l'acte de ratification expresse n'est valable que s'il renferme la substance du titre primordial, la mention du motif de l'action en rescision, l'intention de réparer le vice sur lequel elle est fondée.

581. — 1° Substance de la convention. Toullier enseigne qu'il faut entendre par là la relation de ce qui est essentiel à l'existence de l'obligation. On n'a donc pas besoin de transcrire l'acte en son entier, il suffit de rappeler les clauses constitutives de l'engagement qu'on s'était proposé de souscrire et qu'on veut confirmer. La substance de l'obligation est valablement indiquée toutes les fois qu'il est impossible de se méprendre sur la nature de cet engagement.

582. — 2° Mention du vice autorisant l'action en rescision. L'article 1338 s'occupe de la ratification de la convention et non de celle de l'acte nul pour vice de forme. Pour celle-ci, en effet, elle est plus facilement admissible, parce qu'elle doit plus facilement se présumer. Les nullités de forme sont odieuses. Aussi n'a-t-on pas hésité à considérer, comme entraînant l'intention d'en répudier le bénéfice, le silence que la partie garderait d'abord sur leur existence, la défense qu'elle présenterait au fond. Cependant, ce point de doctrine n'est pas unanimement admis, mais il est évident que dans tous les cas la nullité extrinsèque de l'acte pourrait être ratifiée comme l'action en rescision elle-même.

Pour le vice de rescision spécialement, la loi veut qu'il soit clairement indiqué. L'aliénation résultant de la ratification, portant sur un droit utile, sur une exception péremptoire, ne se présume pas; elle doit clairement s'induire des termes de l'acte de ratification. L'effet de cet acte se concentrera donc sur le vice qui y est mentionné.

583. — De là cette conséquence que la renonciation à se pourvoir contre une convention pour la violence qui lui aurait donné naissance, n'empêchera pas de faire valoir ultérieurement la lésion qu'elle renfermerait et sur laquelle les parties ne se sont pas expliquées. Cette doctrine, évidemment calquée sur la lettre et l'esprit de la loi, a cependant trouvé des contradicteurs; pour la soutenir, dit Favard, il faut penser que la partie qui a renoncé à l'un des moyens de rescision a pu vouloir ne pas renoncer à l'autre; et dès lors la ratification n'est-elle pas un piége tendu à la bonne foi de l'autre partie? Supposer l'intention de réserver les moyens de faire annuler l'acte qu'on vient de confirmer, c'est supposer une fraude qu'on ne doit pas favoriser.

[1] Pau, 17 décembre 1824; cass., 2 novembre 1825; Toulouse, 18 janvier 1828; cass., 1er mars 1830.

[2] Cass., 16 janvier 1837; Paris, 25 juillet 1838; Douai, 20 juin 1838; D. P., 37, 1, 62; 39, 2, 8; 40, 2, 33.

[3] 26 juin 1859; D. P., 39, 1, 249; Conf., cass., 12 février 1828.

584. — Ces reproches ne prouvent qu'une seule chose, à savoir : que Favard n'a pas suffisamment tenu compte de l'esprit qui a dicté la disposition de l'article 1338. La ratification n'est utilement consentie que si elle procède d'un consentement éclairé. Or, ce caractère ne peut résulter que de la preuve que le débiteur connaissait, au moment où il ratifiait, le vice dont l'acte était entaché.

A cette condition essentielle, le législateur en ajoute une seconde ; il veut que cette preuve résulte de l'acte de ratification. Or, cette preuve est complète, lorsque l'acte énonce le motif de l'action en rescision.

Cette exigence du législateur est-elle injuste? La réponse est facile. La volonté de bannir toute appréciation humaine dans des questions de cette nature ne peut qu'être hautement approuvée. Permettre d'arriver, à l'aide d'inductions, de présomptions, de la preuve testimoniale elle-même, à constater une ratification, c'était tomber dans les inconvénients inséparables de ces modes de constatation et arriver souvent à consacrer le contraire de la vérité.

La loi a donc sagement agi en exigeant une preuve que le consentement a été donné en connaissance de cause, et en n'acceptant comme telle que l'indication renfermée dans l'acte de ratification. Mais si c'est là la pensée et le but de la loi, évidemment on ne pourra considérer comme couvert que le vice mentionné par les parties.

Comment dire, en présence du texte de l'article 1338, que cette conclusion n'est qu'un piége, qu'une fraude qu'on ne doit pas favoriser? Un piége pour le créancier? Mais ne sait-il pas que la ratification ne lui sera utile qu'en tant que le motif de l'action en rescision s'y trouvera relaté? Pourquoi donc, si la convention est rescindable par deux motifs, s'il a été dans son intention et dans celle du débiteur de les purger l'un et l'autre, pourquoi, disons-nous, ne les a-t-il pas mentionnés tous les deux? Ce n'est qu'à ce prix que la loi lui promet pleine sécurité pour l'avenir. Lui siérait-il donc de se prétendre trompé, lui qui a commencé par dédaigner les prescriptions de cette loi qu'il accuse?

Favard se préoccupe beaucoup trop des intérêts du créancier, car, pour le défendre, il va jusqu'à compromettre celui du débiteur. Cependant, si une fraude était à redouter, c'est contre ce dernier qu'on pouvait en craindre la réalisation. En effet, si le système que nous combattons était admis, il serait facile, en faisant ratifier la convention sous un prétexte quelconque, de se débarrasser de tout péril à l'endroit du vice réel qu'elle pourrait renfermer. Cette éventualité seule suffirait pour prouver combien sage est la précaution dont le législateur a usé.

De plus, on ne peut renoncer à un droit dont on n'a aucune connaissance. Le silence que les parties garderaient dans l'acte de ratification, sur tel ou tel moyen de rescision, prouverait qu'elles ne l'ont pas connu. Admettre cette connaissance, ce serait donner à ce silence une portée bien plus significative. On ne pourrait en effet l'interpréter que par le refus de ratifier, car, dans le cas contraire et en présence de l'article 1338, le créancier n'aurait pas manqué de requérir la mention indispensable pour qu'il jouît du bénéfice de la renonciation.

Ainsi, que le silence de l'acte tienne à l'ignorance ou au refus de ratifier, la conséquence est identique. Dans le premier cas, il ne peut exister de ratification; dans le second, il n'en existe aucune. Dès lors, repousser sous ce prétexte la demande ultérieurement formée par le débiteur, c'est se placer en contradiction manifeste avec la loi, avec la justice.

En principe donc, ratifier une convention à l'endroit d'un vice pouvant la faire rescinder, ce n'est pas renoncer à se pourvoir contre ses dispositions pour un tout autre motif, à moins cependant que l'existence de ce nouveau moyen fût inconciliable avec la ratification. Reconnaître qu'un acte n'est pas le produit de la violence, ce n'est pas reconnaître nécessairement qu'il est pur de toute lésion; mais avouer que celle-ci n'existe pas et se prohiber toute recherche à son occasion, c'est convenir que la convention n'est pas le résultat de la violence, car l'acte qui n'est pas lésif existe légitimement; l'accepter comme tel, c'est dire qu'il a été librement et volontairement souscrit, qu'il renferme un lien quelconque, toutes choses qui sont incompatibles avec l'idée de la violence.

Quel pourrait être, dans ce cas, le motif de la ratification? A quoi bon songer à la lésion si, le consentement manquant de son caractère essentiel, il n'a jamais existé de convention? Le débiteur pourrait-il soutenir avoir ignoré la violence dont il se prétendrait plus tard victime? Évidemment cette ignorance ne serait même pas proposable. Elle a, en effet, nécessairement précédé la convention, la ratification elle-même. On ne peut donc voir dans celle-ci, quel qu'en soit l'objet, qu'un fait donnant d'avance le démenti le plus complet à tout reproche s'attaquant à l'essence de l'acte.

585. — La renonciation à se pourvoir pour

lésion entraîne donc la non-recevabilité de toute action ultérieure fondée sur la violence. Ce n'est pas ici une induction, une présomption plus ou moins probable. L'incompatibilité profonde entre la ratification et l'existence d'une violence dans le consentement à la convention ratifiée, est une preuve décisive contre celle-ci. Le débiteur ne pourrait donc être relevé des effets de la ratification qu'en prouvant qu'elle lui a été surprise par dol ou arrachée par violence.

586. — Le dol agit dans le contrat de la même manière que la violence. Comme celle-ci, il vicie le contrat dans son essence, en enlevant au consentement tout caractère de liberté. Il semblerait donc que le reproche de dol, proposé après une ratification pour cause de lésion, devrait subir le même sort que le reproche de violence.

Mais il existe entre ces moyens de rescision une nuance essentielle à retenir. La violence a nécessairement précédé la ratification, tandis que le dol peut n'être découvert qu'après. En cet état, faire de la déchéance un principe absolu contre le dol, ce serait consacrer, dans un cas donné, une injustice, et admettre qu'on a pu renoncer à un droit dont on ne soupçonnait même pas l'existence.

L'équité veut donc que celui qui a été victime d'un dol ne perde pas, sans le savoir, le droit de se faire indemniser. Son ignorance, au temps de la ratification, enlèverait à celle-ci toute son efficacité. Tout ce qui en résulterait, c'est que malgré le silence de l'acte, et contrairement à ce que la loi admet dans les cas ordinaires, l'ignorance ne serait pas présumée. C'est donc à celui qui l'allègue, pour se soustraire aux effets de la ratification, à en fournir la preuve. Cette preuve, pouvant être faite par témoins, peut résulter des présomptions.

587. — Si la violence ou le dol s'était exercé contre l'auteur de celui qui ratifie à l'endroit de la lésion, les principes ordinaires reprendraient leur empire. L'héritier peut ignorer des faits qui ne lui sont pas personnels, et cette ignorance serait présumée par cela seul que l'acte de ratification garderait le silence sur l'un ou sur l'autre. Mais le porteur du titre ratifié pourrait prouver soit par témoins, soit par présomptions, que le vice ultérieurement invoqué était parfaitement connu au moment de la ratification; et, cette preuve faite, l'effet de celle-ci lui serait définitivement acquis.

En général donc, et sauf le cas d'incompatibilité, la ratification n'éteint que le vice qui s'y trouve mentionné. C'est donc aux parties intéressées à veiller à ce que l'acte relate exactement toute la pensée des parties et les divers moyens dont on entend abandonner le bénéfice.

588. — 3° Intention de réparer le vice. C'est dans l'accomplissement de cette condition que réside la véritable autorité de la ratification. A quoi bon, en effet, rappeler la substance de l'acte, indiquer les motifs de rescision, si les parties ne manifestent pas l'intention et le dessein de renoncer à s'en prévaloir.

L'expression de cette volonté est donc de rigueur. Mais la loi ne lui a tracé aucune formule sacramentelle. Elle s'en réfère à la conscience et aux lumières du juge appelé à décider si elle résulte suffisamment du titre invoqué. Ce qui doit être observé et retenu, c'est que cette volonté ne doit pas être facilement présumée, et que dans le doute c'est contre la fin de non-recevoir qu'on doit se prononcer.

C'est par application de ce principe qu'il a été jugé par la cour de Rouen, et ensuite par la cour de cassation, que des actes contenant affectation d'hypothèque à une obligation entachée de dol ne peuvent être considérés comme une confirmation, ni comme exécution volontaire, alors que ces actes sont muets sur l'intention de ratifier [1].

Que la renonciation à l'exercice de l'action en rescision pour cause de lésion, en matière de vente, ne peut s'induire d'actes postérieurs intervenus entre le vendeur et l'acquéreur qu'autant que ces actes contiendraient une stipulation expresse et une intention formelle de renoncer à cette action [2].

Mais la cour de Poitiers a jugé, le 7 juillet 1825, que ces seuls mots : *je ratifie le présent billet,* apposés par un majeur sur un billet constatant qu'il a été souscrit en minorité, remplissent toutes les conditions voulues par l'article 1338 pour la validité de la ratification. Au besoin, dit cet arrêt, l'approbation signée en majorité constituerait un nouvel et valable engagement.

Quoi qu'il en soit, ces exemples suffisent pour déterminer la nature de la mission que la loi confie aux magistrats. D'autre part, la disposition de l'article 1338 imprime à leur appréciation une direction assurée. Les conditions imposées à la validité de la ratification sont-elles ou non remplies? L'intention de purger l'acte du vice dont il est entaché est-elle suffisamment

[1] 20 décembre 1852; D. P., 53, 1, 113.

[2] Rennes, 30 janv. 1854; D. P., 54, 2, 211.

exprimée? Telles seront les questions qui se présenteront à résoudre dans les limites que nous venons de retracer.

589. — L'acte de ratification n'a pas de forme spécialement déterminée. Il peut être fait par-devant notaire ou sous seing privé. Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire de le rédiger en autant d'originaux qu'il y a de parties. La ratification pure et simple est un contrat essentiellement unilatéral qui ne renferme aucune obligation de la part de celui qui l'a obtenue. Il se peut cependant que le débiteur, en échange de son consentement, ait exigé quelques faveurs ou obtenu un sacrifice de la part du créancier. L'engagement de celui-ci pourrait être constaté soit par l'acte de ratification, soit par un écrit séparé. Mais cette circonstance ne changerait rien à la nature de la ratification et aux effets qu'elle doit obtenir.

La ratification n'a pas besoin d'être acceptée par le porteur du titre vicié. Elle peut être faite hors sa présence et sans son concours. Elle peut résulter d'une lettre missive ou de tout autre écrit émanant de celui qui a qualité pour la consentir.

590. — Cependant si l'acte qu'on veut ratifier est du nombre de ceux qui exigent la forme authentique, c'est dans cette forme que la ratification doit être donnée. Telle serait par exemple la ratification d'une constitution d'hypothèque. Bien entendu que cela n'est indispensable que par rapport aux effets de l'acte contre les tiers. Du débiteur au créancier, l'obligation ne cesserait pas d'être inattaquable, quand même la ratification manquerait d'authenticité.

591. — L'acte de ratification imparfait, pour n'être pas conforme aux prescriptions de l'article 1338, ne produirait aucun effet. Mais on pourrait le compléter à l'aide d'écrits émanés du débiteur, si, réunis à l'acte, ces écrits fournissaient la preuve de la ratification. C'est là une conséquence de ce que nous venons de dire. On peut ratifier par un acte, par un écrit quelconque. On peut à plus forte raison suppléer, à l'aide de ceux-ci, à ce que l'acte présenterait d'obscur ou d'incomplet.

592. — Mais nous n'admettons pas que l'acte resté imparfait pût servir de commencement de preuve par écrit et autoriser l'admission de la preuve testimoniale. La volonté d'exclure cette preuve d'une manière absolue, à l'endroit de la ratification, nous paraît résulter formellement de l'article 1338. La loi n'a pas voulu recourir à ce mode de preuve dont elle pouvait facilement apprécier l'insuffisance dans une question intentionnelle sur laquelle les témoins ne pourraient jeter un très-grand jour, à moins qu'on ne les interrogeât sur des faits d'exécution, et alors on tomberait dans la ratification tacite qui nous reste à examiner.

593. — L'article 1338 assimile à la ratification expresse celle résultant de l'exécution de la convention nulle ou rescindable. On devait d'autant plus le décider ainsi, que l'exécution est le dernier mot du débiteur; qu'elle lui impose des sacrifices onéreux, ce que ne fait pas ordinairement la ratification expresse; que dès lors elle ne peut être considérée que comme l'expression hautement manifestée de la légitimité et de la sincérité de la convention.

594. — Cet effet de l'exécution exigeait, dans la détermination des actes qui la constituent, qu'on se rapprochât autant que possible des conditions tracées à la ratification expresse. C'est ce que n'a pas manqué de faire le législateur. L'article 1338 n'admet la ratification tacite que si la convention a été exécutée; que si cette exécution a été volontaire; que si elle s'est réalisée après l'époque à laquelle l'acte pouvait être valablement confirmé ou ratifié.

595. — 1° Exécution. L'article 1304 assigne une durée de dix ans à la faculté d'intenter l'action en rescision. Le législateur suppose donc que la convention nulle ou rescindable peut être exécutée pendant ces dix ans. Mais si cette exécution, que nous appellerons passive, pouvait être considérée comme une ratification tacite, l'article 1304 ne serait plus qu'un piége, conduisant infailliblement à la déchéance celui qui, ayant foi en sa disposition, n'aurait pas immédiatement réalisé l'action en rescision.

Le maintien de l'état des choses créé par la convention ne peut donc constituer l'exécution à l'effet de ratifier. Il n'est un obstacle à l'action en rescision que s'il s'est prolongé au delà de dix ans. L'article 1338 n'a donc réellement en vue, et ne qualifie exécution, que les actes postérieurs émanés de la partie ayant intérêt de contester et qui décèlent l'intention d'accepter irrévocablement l'effet de la convention : tels seraient, par exemple, le fait d'avoir disposé de tout ou de partie des biens reçus ou transmis par la convention nulle ou rescindable; celui d'avoir retiré, après la majorité ou après la découverte du dol, le prix de la vente faite en minorité ou obtenue dolosivement.

Ainsi on ne peut considérer comme exécution, dans le sens de l'article 1338, que les actes destinés à confirmer l'état des choses créé par la convention, à en développer les conséquences.

L'exécution qui ne consisterait que dans le silence ou le défaut de réclamation contre cet état des choses ne saurait constituer une ratification quelconque, à moins qu'elle ne se fût prolongée au delà de dix ans.

596. — L'existence des faits d'exécution est ordinairement laissée à l'appréciation des deux degrés de juridiction. Leur décision échappe même à la censure de la cour de cassation. Mais, pour ce qui concerne la ratification, le caractère du fait d'exécution constitue une question de droit, et la cour de cassation a la faculté et le devoir d'en apprécier souverainement les conséquences. C'est ce que, après quelques hésitations, a formellement consacré la cour régulatrice [1].

Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de retenir de cette jurisprudence, c'est l'assimilation rigoureuse qu'elle fait de la ratification tacite à la ratification expresse. Identiques dans les effets, ces deux modes doivent, autant que possible, offrir dans leurs éléments constitutifs les mêmes caractères, reposer sur les mêmes conditions.

597. — De là il suit que l'acte d'exécution doit être personnel à celui qui pouvait ratifier. Qu'importe, en effet, que la convention ait été exécutée par ceux qui n'avaient aucun droit à la faire rescinder? que cette exécution ait été connue, tolérée même? Chacun ne peut être lié que par son propre fait. Ce principe est surtout rigoureux lorsqu'il s'agit de l'établissement d'une déchéance entraînant l'aliénation d'un droit personnel.

598. — Une seconde conséquence non moins juste, c'est que les actes d'exécution doivent être positifs et non équivoques, c'est-à-dire que, postérieurs à la découverte du vice, ils doivent comporter l'intention de renoncer à s'en prévaloir. Tout doute sérieux à cet égard s'opposerait à ce qu'on pût en faire découler une ratification utile.

Nous venons de voir la cour de cassation, les cours de Rouen et de Rennes le décider formellement ainsi pour la ratification expresse. Concevrait-on qu'il en fût autrement lorsque l'intention des parties, ne se décelant que par l'exécution prétendue, ne peut être appréciée que par les présomptions résultant de celle-ci? Or, l'aliénation d'un droit n'est pas facilement présumée. Vrai lorsqu'il s'agit d'une ratification expresse, ce principe ne saurait être repoussé dans l'appréciation d'une ratification tacite. C'est au reste ce qui est consacré par une imposante jurisprudence.

599. — La cour de cassation a jugé, le 8 avril 1835, que des offres de payement d'une obligation, qui n'ont pas été acceptées, ne peuvent être considérées comme une exécution qui rende celui qui les a faites non recevable à demander ensuite la nullité de l'obligation. Le même jour, la cour de Rennes décidait que la simple demande d'un délai pour le payement d'une obligation n'empêchait pas le débiteur d'en poursuivre plus tard la rescision pour dol ou fraude.

600. — Ce qui a été admis pour les actes annonçant l'intention d'exécuter, l'a été également pour les mesures conservatoires prises dans l'intervalle de la convention à la demande en nullité ou en rescision. Ainsi l'homologation en justice d'un acte sous seing privé, pour lequel la loi exige la forme authentique, ne rend pas non recevable à en demander la nullité la partie qui a obtenu cette homologation [2]. Ainsi encore, l'inscription prise en vertu d'un acte postérieurement jugé simulé, même en la supposant connue de l'auteur de cet acte vicieux, n'est point par elle-même une ratification ou confirmation [3].

Nous pourrions multiplier les exemples, car ils abondent dans nos recueils de jurisprudence, mais ceux que nous venons de rappeler suffisent pour fixer la nature et la portée de notre doctrine. Elle se résume dans ces propositions fort simples : l'article 1338 ne considère comme efficaces que les faits constituant une exécution réelle et effective ; cette exécution ne se rencontre ni dans le silence qui ne s'est pas prolongé au delà de dix ans, ni dans l'intention plus ou moins prochaine d'exécuter, ni moins encore dans les mesures purement conservatoires. Les actes d'administration se plaçant dans la catégorie de celles-ci, il en résulte qu'administrer plus ou moins longtemps la chose possédée en vertu d'un titre vicié, ce n'est pas se rendre non recevable à faire plus tard prononcer l'annulation de ce titre.

601. — L'exécution n'a pas besoin d'être complète pour servir à déterminer la ratification. L'acte d'exécution partielle arriverait à ce résultat, car, comme l'exécution totale, il ne pourrait être attribué qu'à la reconnaissance de la sincérité et de la légitimité de l'obligation. En effet, exécuter partiellement une convention, c'est avouer qu'on n'a ni le moyen ni le droit

[1] 8 janvier 1838, 12 juin 1839; D. P., 38, 1, 306; 39, 1, 244.

[2] Turin, 26 novembre 1806.

[3] Cass., 24 janvier 1853.

de la faire rescinder. Un pareil aveu, quel qu'en soit le mobile, impuissance ou abandon, n'en constitue pas moins la ratification. Celle-ci résulte donc d'un commencement d'exécution, pourvu qu'il se fût réalisé dans les circonstances que nous avons à examiner.

602. — 2° Exécution volontaire. Les vices qui altèrent le consentement lui enlèvent tout caractère de spontanéité. L'exécution imposée par violence, ou surprise par dol, ne créerait donc ni ratification, ni confirmation.

Il n'y a pas non plus de consentement valable lorsque celui qui a été donné ne l'a été que par erreur. L'erreur sur le caractère de l'acte qu'on exécute s'opposerait donc à ce que cette exécution fût considérée comme une ratification. Non-seulement elle ne serait pas volontaire, mais elle ne se serait pas réalisée en temps utile, ce qui suffirait, ainsi que nous allons le voir, pour en anéantir les effets légaux.

603. — L'erreur sur les conséquences légales d'un fait connu pourrait-elle être alléguée pour être relevé de la ratification tacite? En d'autres termes, l'erreur de droit produit-elle, quant à la ratification les effets de l'erreur de fait?

La doctrine et la jurisprudence deviennent chaque jour plus affirmatives sur l'assimilation qu'il convient de faire entre l'une et l'autre. Mais nous avouons que, tout en adoptant le principe, nous en refuserions l'application à la matière des ratifications, et cela par les motifs suivants : il est très-difficile d'admettre une erreur de droit en matière de rescision. Il n'est personne qui ne sache que l'obligation imposée par la violence ou surprise par le dol ne crée aucun lien. L'obligé ne doit rien, n'a jamais rien dû, et il est impossible qu'il puisse croire en cet état devoir quelque chose. Autant nous admettons l'ignorance touchant les manœuvres employées, autant nous nous refusons à admettre que, leur existence une fois connue, on ait pu se tromper sur les conséquences qu'elle doit nécessairement entraîner. Qui pourrait se persuader que la loi oblige à exécuter une obligation qu'on sait mieux que personne n'avoir jamais existé?

Permettre d'attaquer une ratification sous prétexte d'erreur de droit, c'est donc ouvrir la porte à de nombreux procès dont la solution, dans un sens comme dans l'autre, aura cet étrange caractère qu'elle ne reposera que sur cette allégation impossible à vérifier, impossible à débattre. Comment, en effet, le demandeur prouvera-t-il avoir ignoré le droit? Comment le défendeur justifiera-t-il le peu de fondement de cette ignorance? Il faudra donc que les tribunaux refusent ou admettent de confiance, au risque de ne consacrer souvent qu'une véritable injustice.

La loi n'a pu vouloir placer les magistrats dans cette cruelle perplexité. Nous en avons la preuve dans le soin qu'elle prend de ne rien laisser à l'induction, en matière de ratification. L'impossibilité absolue de son application doit donc faire rejeter la doctrine que nous combattons.

Il est d'ailleurs un autre motif qui devrait le faire décider ainsi. Au dire de tous, l'erreur de droit n'annule le contrat que lorsqu'elle en a été la cause déterminante et exclusive. Dans la ratification tacite, l'exécution reconnaît une cause indépendante de l'erreur, à savoir : l'intention de purger l'acte du vice qui l'entache. C'est là, nous l'avons dit, une condition essentielle sans laquelle il ne saurait exister de ratification.

Dès lors, si l'exécution n'a pas ce caractère, il devient inutile de recourir aux principes régissant l'erreur de droit. Il n'y a pas, il n'y a jamais eu de ratification. Mais si le juge, appréciant l'exécution, reconnaît et constate l'intention constitutive de la ratification, cette exécution a dès lors une cause naturelle et légitime. L'erreur de droit n'en a plus été le seul mobile, on ne pourrait plus s'en prévaloir. La prétention d'avoir erré sur les conséquences légales d'un vice serait même insoutenable lorsque le vice étant connu en fait, on a eu l'intention et la volonté d'en répudier le bénéfice. Or, renonce-t-on à un droit qu'on ne sait même pas vous appartenir?

La difficulté née d'une erreur de droit peut donc être soulevée lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère de l'exécution. Mais on ne saurait admettre que cette difficulté une fois tranchée et la ratification, c'est-à-dire l'intention de purger l'acte, admise, on puisse s'en faire relever sous prétexte d'erreur de droit.

604. — Toullier pense que l'exécution n'est volontaire que si elle est entièrement dégagée de l'influence que peut avoir sur l'esprit de celui qui exécute la frayeur d'une contrainte ou d'un procès. Il admet, en conséquence, que celle faite sous cette influence serait inefficace pour créer une ratification.

605. — Il nous paraît bien rigoureux d'assimiler à la violence l'exercice d'un droit puisé dans la loi et auquel on est contraint de recourir. Le refus du débiteur place en effet le créancier dans la nécessité soit de le traduire en justice, soit d'user des moyens coercitifs que le titre

lui confère. Il serait étrange, dès lors, que l'exécution déterminée par l'une ou par l'autre de ces mesures dût plus tard être invalidée.

Cette doctrine encouragerait singulièrement la résistance des débiteurs, et, à ce titre seul, nous hésiterions à l'admettre. Nous sommes bien plus engagé à ne pas le faire lorsque, poussant plus loin notre examen, nous arrivons forcément à une conclusion diamétralement opposée à celle de Toullier. En effet, ou l'exécution donnée devant la menace d'une contrainte ou la crainte d'un procès a précédé la découverte du vice de l'acte, ou elle a suivi cette découverte. Dans le premier cas, elle est évidemment insuffisante pour créer une ratification, en force des principes spéciaux à celle-ci; dans le second, elle doit d'autant plus produire ses effets que l'action en rescision était le moyen le plus péremptoire pour éviter le procès, pour s'affranchir de toute contrainte, et qu'ainsi mis en demeure de la réaliser, le débiteur, en s'abstenant de le faire, a prouvé qu'il ne croyait pas devoir ou pouvoir utilement l'intenter. Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, il y a réellement ratification obligatoire et définitive.

Bien loin donc que les poursuites du créancier soient un motif pour relever le débiteur de l'exécution qu'elles ont déterminée, la vérité est que leur existence donne à cette exécution un caractère plus grave, plus décisif. Qu'un débiteur s'abstienne de faire valoir ses droits contre sa dette lorsqu'il n'est ni inquiété ni poursuivi, cela se conçoit; mais que, traduit en justice ou menacé d'une contrainte, il continue de garder le silence; que, mieux encore, il exécute la convention dont il connaît le vice et qu'il dépend de lui de faire anéantir, c'est ce qu'on ne comprend plus. Une pareille abnégation ne peut provenir que du sentiment de la légitimité de la poursuite, et c'est dans ce sentiment même que repose le fondement essentiel de la ratification.

Au reste, cette règle n'est pas plus que toutes les autres à l'abri d'une exception. Certes, la violence morale, qui fait quelquefois annuler une obligation, pourra, dans tel cas donné, être invoquée contre la ratification; et si les tribunaux investis, appréciant la nature des moyens employés pour déterminer l'exécution, l'étendue de la contrainte qui en est résultée, pensent que le débiteur n'a pas joui de la plénitude de liberté sans laquelle il n'existe pas de consentement valable, ils décideront que l'exécution n'a pas été volontaire. Mais une pareille éventualité ne suffit pas pour qu'on puisse se croire autorisé à faire de la règle l'exception, et de l'exception la règle.

606. — 3° Époque à laquelle l'exécution volontaire est susceptible de créer la ratification. L'article 1338 fixe cette époque au moment où l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. C'est là la conséquence du principe qu'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement. Or, la ratification expresse suppose, chez celui qui la donne, la capacité de contracter, la connaissance du vice dont l'acte est entaché. Conséquemment l'exécution n'équivaudra à ratification que si elle réunit ce double caractère.

Dès lors les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne sauraient, tant que leur état n'a point changé, aliéner, par l'exécution, le droit de faire annuler l'engagement qu'ils ont souscrit. Cette faculté, ils ne l'acquièrent qu'après qu'ils sont sortis des liens de la minorité, de l'interdiction, du mariage. Pouvant, à cette époque, ratifier expressément, ils peuvent le faire tacitement par l'exécution qu'ils donnent à l'obligation.

Mais le capable ne peut ratifier que s'il connaît le vice de la convention. Cette connaissance est de l'essence de la ratification, car, ainsi que nous l'avons déjà dit, celle-ci puise son autorité dans l'intention de renoncer à se pourvoir contre le vice dont la convention est entachée. Or, comment pourrait-on être présumé avoir renoncé à un droit qu'on ne connaissait pas? Dès lors, la ratification tacite opérant les mêmes effets que la ratification expresse, l'exécution qui la constitue doit nécessairement être postérieure à la connaissance du vice.

607. — Ce point de doctrine ne saurait faire aucune difficulté; mais il en sera autrement de la détermination du fait en lui-même. A quelle époque remonte la découverte du dol? Est-elle antérieure ou postérieure à l'exécution? Est-ce au débiteur à prouver qu'il ignorait le vice de l'acte ou au créancier à justifier que l'exécution a été faite en connaissance de cause? Telles seront les questions sur lesquelles l'attention des magistrats sera principalement appelée.

Les premières ne peuvent jamais offrir qu'une appréciation de fait du domaine exclusif de la conscience. Elles sont donc laissées à l'arbitrage souverain du juge. La dernière présente une difficulté en droit qui a partagé la doctrine et la jurisprudence.

608. — Zachariæ se prononce contre le créancier. Sans doute, dit-il, celui qui invoque une exception dont le fondement repose sur l'erreur, doit prouver cette erreur en vertu de

la règle *actori incumbit onus probandi*. Mais telle n'est pas la position du débiteur auquel on oppose l'exécution de l'obligation contre laquelle il se pourvoit en nullité ou en rescision. Il n'a plus rien à prouver une fois qu'il a justifié sa demande. C'est au créancier qui veut tirer de l'exécution une fin de non-recevoir contre l'action en nullité ou en rescision, à établir, suivant la règle *reus excipiendo fit actor*, l'existence des conditions moyennant le concours desquelles l'exécution volontaire équipolle à confirmation, et à démontrer, par conséquent, que l'exécution a eu lieu en connaissance du vice dont l'obligation est entachée et dans l'intention de l'effacer [1]. Telle était aussi l'opinion d'abord enseignée par Merlin.

Mais il est facile de se convaincre que la position supposée des parties, sur laquelle cette opinion s'étaye, n'est pas réellement celle qu'elles occuperont respectivement. Le demandeur en rescision sera arrêté *in limine litis* par la fin de non-recevoir tirée de la ratification. Il ne pourra donc établir l'irrégularité de l'acte qu'après avoir fait disparaître cette fin de non-recevoir.

Le fondement de celle-ci se trouvant dans l'exécution, c'est à celui qui l'oppose à prouver cette exécution. Cette preuve faite, le demandeur doit être éconduit, à moins qu'il ne prouve à son tour que cette exécution ne réunit pas les caractères constitutifs de la ratification. C'est là son exception pour laquelle il devient réellement demandeur, et qu'il est tenu de justifier.

Vainement objecte-t-on que l'exécution n'équivalant à ratification qu'à certaines conditions, celui qui excipe de l'une doit prouver qu'elle est conforme au désir de la loi. L'exécution se suffit à elle-même. Elle est légalement présumée exempte de tout vice. Certes, l'exécution déterminée par le dol ne produirait aucun effet. Ira-t-on jusqu'à prétendre que celui qui oppose la ratification tacite sera obligé de prouver que l'exécution dont il se prévaut n'est pas le résultat du dol? Ce qu'on ne ferait pas pour le dol, on ne saurait le faire pour l'erreur. Celle-ci n'est pas plus présumée que le dol lui-même, et si celui qui allègue l'un est tenu de le prouver, il n'y a aucun motif pour dispenser de la même obligation celui qui se prévaut de l'autre.

Ajoutons avec la cour de cassation [2], que cette obligation doit être imposée au débiteur : 1° parce que les faits d'où l'erreur peut résulter lui sont personnels ; 2° parce que ces faits constituent une exception établie pour son utilité ; 3° parce qu'ils tendent à enlever au créancier le bénéfice de la ratification. Le système contraire n'a donc aucun fondement réel. Non-seulement il fait abstraction complète du fait d'exécution, mais il méconnaît en outre les conséquences légales que cette exécution doit entraîner.

C'est la démonstration de ce double tort, clairement établie par Toullier, qui a amené la rétractation de Merlin. En voici les termes : « Toullier a raison de dire que je ne m'étais pas exprimé avec mon exactitude ordinaire. Tout bien réfléchi, je crois mes arguments plus spécieux que solides, et en voici deux auxquels ils me paraissent devoir céder :

« 1° On n'exécute un acte que parce qu'on le connaît bien, car il n'y a qu'un insensé qui puisse exécuter un acte qu'il ne connaît pas ou qu'il ne connaît qu'imparfaitement, et la démence ne se présume pas. Exécuter un acte, c'est agir comme si l'on en avait une parfaite connaissance ; c'est donc avouer qu'on le connaît dans toutes ses parties. Or, si l'aveu d'un fait ne prive pas celui duquel il est émané du droit de le rétracter pour cause d'erreur, il le place du moins dans la nécessité de prouver que c'est par erreur qu'il lui est échappé. L'article 1356 du Code civil est formel, et il n'est point de principe plus constant dans toute la jurisprudence.

« 2° Sans doute l'exécution d'un acte nul ne peut être réputée volontaire qu'autant qu'elle n'est pas le fait de l'erreur ; mais elle ne peut aussi être réputée telle qu'autant qu'elle n'est pas l'effet de la violence et du dol. Or, quand un acte nul a été exécuté par une partie qui avait le droit de le faire annuler, et qu'elle vient ensuite en demander l'annulation, lui siérait-il bien, pour repousser la fin de non-recevoir que lui opposerait le défendeur, de dire à celui-ci : L'exécution dont vous excipez a été l'effet de la violence et du dol ; elle n'a donc pas été volontaire de ma part, et comme c'est à vous à prouver qu'elle a été l'ouvrage de ma volonté, c'est nécessairement aussi à vous à prouver que je n'y ai été induit ni par violence ni par dol? Non certes, et le défendeur lui répondrait victorieusement : Par cela seul que vous avez exécuté l'acte, vous êtes censé l'avoir exécuté spontanément et en pleine liberté ; ni le dol, ni la violence ne se présument ; l'exécution que vous avez donnée à l'acte sera donc réputée volontaire tant que vous ne prouverez pas qu'elle vous a été arrachée par violence ou surprise par dol. Eh bien! point de différence entre l'erreur

[1] T. II, p. 455, note 20.

[2] 25 juillet 1825.

et la violence ou le dol. L'une ne se présume pas plus que les autres. La simple allégation de l'erreur ne peut donc pas avoir plus d'effet que la simple allégation du dol ou de la violence, elle ne peut donc pas faire retomber sur le défendeur le fardeau de la preuve que l'exécution n'a pas été déterminée par l'ignorance du vice de l'acte [1]. »

Cette démonstration nous paraît sans réplique. Nous admettons donc que l'exécution fait présumer par elle-même la connaissance du vice de l'obligation ; que cette présomption doit céder devant la preuve du contraire ; que cette preuve est à la charge exclusive du débiteur prétendant se faire relever des effets de l'obligation.

609. — Ce caractère de l'exécution produit en outre cette conséquence, qu'elle emporte virtuellement l'intention de purger le vice de l'obligation. Exécuter volontairement un acte qu'on sait être nul ou rescindable, c'est indiquer aussi positivement que possible qu'on renonce à l'attaquer désormais. Cela est si évident, que les réserves qui accompagneraient l'exécution n'en atténueraient aucunement l'importance et n'apporteraient aucun obstacle à la fin de non-recevoir qu'elle crée.

Cette décision est parfaitement juridique. Que peuvent signifier des protestations, des réserves, à côté d'un fait diamétralement contraire, volontairement accompli. La seule protestation efficace, c'est de ne pas faire ce qu'on sait n'être pas obligé de faire. Qu'y a-t-il de plus inconciliable avec la faculté de demander la nullité d'une obligation, que l'exécution préalable de cette obligation ? Le fait a beaucoup plus de puissance que la parole. Toute manifestation d'une volonté contraire à l'acte qu'on exécute reste sans efficacité possible [2].

610. — Il en serait autrement si l'exécution était forcée, si elle n'était que la conséquence inévitable et nécessaire du caractère ou de la nature de l'obligation nulle ou rescindable. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'exécution cesserait d'être volontaire. Elle ne suffirait donc pas pour créer la ratification, alors même qu'on aurait exécuté sans réserves ni protestations.

L'exécution est une conséquence de l'acte, lorsque le fait qui la constitue découle naturellement de l'engagement contracté irrégulièrement. Tel est le cas rappelé par la loi 3, § 2, Dig., *de minoribus*. Un mineur a imprudemment accepté une succession. Devenu majeur, il a payé quelques dettes échues et urgentes de cette même succession. Ce payement ne saurait équivaloir à ratification, parce qu'il n'est qu'une conséquence inévitable et directe de l'acceptation [3].

611. — Le payement intégral ou partiel d'une lettre de change ou de tout autre effet négociable, entre les mains d'un tiers porteur, dans quelque hypothèse qu'il ait été réalisé, ne saurait empêcher le souscripteur de faire prononcer plus tard la nullité de l'effet contre le premier porteur. La raison en est que la nullité du titre n'est pas même opposable aux tiers porteurs de bonne foi, et que l'obligation de le désintéresser demeurerait entière, quand même le débiteur aurait obtenu judiciairement cette nullité. Il peut donc faire avant ce qu'il serait tenu de faire après. Un pareil payement ne saurait d'ailleurs jamais être considéré comme fait dans l'intention de renoncer au recours que l'existence du dol créerait.

Mais hors ces rares exceptions, l'exécution volontairement réalisée, après la découverte du vice de l'acte, entraînerait la ratification. L'effet de celle-ci, comme celui de la ratification expresse, assure l'existence de la convention, la purge du vice dont elle pouvait être entachée, et devient une fin de non-recevoir insurmontable contre toute recherche ultérieure.

612. — Les principes que nous venons d'exposer pour les obligations s'appliquent aux libéralités. Remarquons en effet que la prohibition de l'article 1339 ne concerne que les nullités de forme dont la donation entre-vifs peut être entachée. Cette restriction, personnelle d'ailleurs au donateur, prouve suffisamment que la donation entachée d'un vice intrinsèque peut devenir l'objet d'une ratification soit expresse, soit tacite. La donation nulle en la forme, et qui serait exécutée par les héritiers du donateur, ne pourrait plus tard être querellée de nullité par eux.

Les héritiers sont, par rapport aux donations consenties par leur auteur, placés sur la même ligne qu'à l'endroit des dispositions testamentaires. Conséquemment l'exécution sciemment donnée aux unes et aux autres les purge des vices dont elles pourraient être entachées tant en la forme qu'au fond ; elle crée donc une fin de non-recevoir insurmontable contre toute action ultérieure.

[1] *Quest. de droit*, v° *Ratif.*, n° 5.
[2] Cass., 28 juillet 1829.
[3] Duranton, t. XIII, n° 283.

SECTION III.

DE LA PRESCRIPTION.

SOMMAIRE.

613. — Justice de la prescription contre l'action en nullité. — Sa nécessité.
614. — Esprit de la loi à cet égard.
615. — Fondement philosophique de la prescription, d'après Troplong.
616. — Justesse de cette doctrine, lorsque l'acte a été exécuté.
617. — *Quid* lorsque cet acte n'a reçu aucune exécution?
618. — Conclusion : pour prescrire, il faut que l'acte ait été exécuté.
619. — Quels caractères doit réunir l'exécution décennale. — Capacité.
620. — Époque de son point de départ.
621. — A la charge de qui est la preuve de la découverte du dol.
622. — Nature de la preuve admissible.
623. — Les principes généraux sur l'interruption de la prescription régissent celle édictée par l'article 1304.
624. — En est-il de même des causes de suspension?
625. — L'action en dommages-intérêts se prescrit-elle conformément à l'article 1304?
626. — Toute action serait-elle éteinte après trente ans, si la découverte du dol ne s'était réalisée que depuis moins de dix ans?
627. — Importance de l'article 1304 pour la répétition de ce qui a été payé sans être dû.
628. — Ce n'est que l'action que l'article 1304 atteint, même dans le cas de non-exécution.
629. — Conséquences quant à l'exception.
630. — Origine de la règle *quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*.
631. — Motifs du silence gardé par l'article 1304 sur l'exception.
632. — Application de la règle en matière de dol.
633. — Condition de cette application.
634. — L'exception perpétuelle n'est donc que la défense à la demande.
635. — La possession est le fait dominant du litige.
636. — Conséquence dans le cas de ratification expresse ou tacite.
637. — L'exception n'est admissible que lorsqu'elle tend à conserver un état de choses depuis longtemps existant.
638. — Ce caractère dicte la solution des difficultés que la question peut faire naître. — Application.
639. — Résumé.

613. — Si la prescription, comme moyen d'acquérir, a pu paraître odieuse, c'est incontestablement lorsque, invoquée par la mauvaise foi, elle vient au secours de la violence ou du dol. Cependant les diverses législations qui se sont succédé n'ont pas hésité à l'admettre, et cet assentiment commun que cette institution a rencontré à toutes les époques est un témoignage irrécusable de sa nécessité.

Cette nécessité est d'ailleurs attestée par les considérations sur lesquelles est fondée la prescription. Les transactions entre citoyens sont la base la plus usuelle du droit de propriété. Laisser ces transactions éternellement en suspens, c'était atteindre la propriété elle-même et blesser au cœur toute société. En présence d'un pareil danger, on s'explique facilement comment, au milieu des difficultés soulevées par son application, l'admission de la prescription, comme principe, a été unanimement adoptée.

Le Code civil n'a donc fait qu'accepter le legs que lui avaient fait les précédentes législations. L'article 1304 n'a introduit qu'une seule modification, à savoir : la détermination du délai de dix ans pour la prescription des actions en nullité comme pour celles en rescision. De cette manière, la controverse, qui avait si vivement jusque-là préoccupé la doctrine et la jurisprudence sur le caractère de l'action, s'est trouvée désormais complétement sans objet.

614. — Avant d'examiner le texte de cet article, il importe de bien préciser son esprit. Nous pourrons ainsi déterminer la nature de la prescription qu'il consacre, et cette détermination nous servira à résoudre quelques difficultés sur lesquelles la doctrine n'est pas encore définitivement fixée.

615. — Un des jurisconsultes les plus éminents de notre époque, Troplong, recherchant quels sont les fondements philosophiques de la prescription, arrive à cette conclusion : que les droits, considérés dans leur idéal, ne peuvent recevoir du temps aucune modification, que ce n'est donc pas sur lui qu'est directement fondée la prescription, qu'elle a sa base dans la possession de celui qui acquiert, et dans une présomption de renonciation chez celui qui néglige sa propriété, et que le temps n'y intervient que comme mesure des éléments sur lesquels elle repose.

616. — Cette conclusion, en ce qui concerne la déchéance consacrée par l'article 1304, sera d'une incontestable justesse, s'il est vrai que le principe de cette déchéance réside dans l'exécution que l'acte nul ou rescindable a reçue. Cette exécution, conférant à l'un la possession, constitue l'autre en négligence et finit par faire admettre sa renonciation si, pendant dix ans, il n'a pas revendiqué contre un pareil état de choses.

Or, que tel soit le fondement de la prescription autorisée par l'article 1304, c'est ce dont il n'est pas permis de douter. La perte d'un droit quelconque, par le seul effet du temps, n'était pas admissible en principe, car le temps n'intervient dans la prescription que comme mesure des éléments sur lesquels elle repose. Le législateur ne pouvait consacrer une injustice aussi flagrante.

La consécration de la prescription suppose donc la possession d'une part, la négligence de l'autre. C'est le froissement d'intérêt qui en résulte, c'est le préjudice permanent, éprouvé par celui contre qui on prescrit, qui proteste perpétuellement contre son silence. Légalement mis en demeure de faire valoir ses droits, il consomme lui-même la spoliation dont il se prétendrait victime si son inaction s'est prolongée jusqu'au terme fixé pour la prescription. Or tout cela ne peut se réaliser que par l'exécution dont l'acte nul ou rescindable a été l'objet.

617. — A défaut d'exécution, en effet, le débiteur n'éprouve aucune atteinte ni dans sa fortune, ni dans ses droits. Il ne peut être accusé de négligence, car son intérêt ne le sollicite pas d'agir. L'existence de l'acte nul ou rescindable constitue tout au plus une menace dans l'avenir, menace d'autant plus vaine que l'inaction du créancier peut être considérée comme un aveu de l'invalidité de son titre, comme une renonciation à s'en prévaloir. Apparente ou réelle, cette présomption excuse le silence gardé par le débiteur, qui doit d'autant moins s'adresser à la justice qu'il ne pourrait en obtenir que ce qu'il possède déjà.

La prescription atteignant en cet état le débiteur serait un fait injuste, d'autant plus anormal que le créancier aurait prescrit sans avoir possédé. Or, de toutes les conditions, la possession est la plus indispensable pour pouvoir prescrire. Conséquemment, nul ne peut prétendre avoir prescrit une action, ou, ce qui est la même chose, s'en être libéré par le laps de temps dans lequel son exercice est circonscrit, s'il n'en a possédé l'objet pendant tout ce temps. L'exécution de l'acte nul ou rescindable pouvant seule donner cette possession, il faut en conclure que, dans l'esprit de la loi, pour que la prescription de l'article 1304 soit applicable, il faut que l'acte ait été exécuté pendant dix ans.

Cette intention nous la rencontrons dans le texte d'une manière bien plus formelle encore. *Dans tous les cas où* L'ACTION *en nullité ou en rescision n'est pas limitée à un moindre temps, par une loi particulière,* CETTE ACTION *dure dix ans.*

C'est donc l'action seule qui est déclarée susceptible d'être atteinte par la prescription. Or, l'action n'étant que le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient, la nécessité de l'intenter suppose que celui à qui elle est imposée n'a pas ou n'a plus ce qu'il devrait avoir; en d'autres termes, que la convention nulle ou rescindable l'a privé d'une partie de ce qu'il avait à recevoir ou l'a dépouillé d'une chose qu'il avait toujours possédée et qu'il est en droit de redemander.

Alors, mais alors seulement, l'inaction qu'il s'impose en présence d'un préjudice flagrant, parfaitement connu, donne à sa conduite le caractère d'abandon qui, rapproché de la possession décennale de son adversaire, détermine et doit déterminer la prescription.

618. — Le texte de la loi est donc parfaitement d'accord avec son esprit. La première condition, essentielle à l'application de l'article 1304, est que l'acte nul ou rescindable ait reçu son exécution; que cette exécution ait duré dix ans sans réclamation. C'est l'action résultant de cette exécution qui se prescrit par le laps de dix ans. Ce qui le prouve encore mieux, c'est la perpétuité de l'exception dont nous aurons à nous occuper.

La prescription de l'article 1304 n'est donc qu'un mode de ratification tacite. Seulement, l'effet que produit dans celle-ci le fait postérieur d'exécution est ici la conséquence du silence obstiné du débiteur. Ce caractère de la prescription explique les conditions que la loi a tracées dans le point de départ du délai qui la constitue.

619. — L'exécution décennale n'est utilement invoquée que lorsqu'elle émane d'une personne capable, d'un consentement éclairé sur le vice de la convention : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Or, la loi considère comme suffisamment empêché d'agir, non-seulement celui qui est incapable de contracter, mais encore celui qui ignore l'existence du droit que la prescription doit lui ravir. C'est ce qui résulte explicitement de l'article 1304.

« Le délai de dix ans ne court, pour les actes faits par un interdit, que du jour de la levée de l'interdiction; pour les actes faits par un mineur, que du jour de la majorité; pour ceux faits par la femme mariée non autorisée, que du jour de la dissolution du mariage; dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans les cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts. »

On le voit, la loi présume dans la prescription l'effet que la ratification produit, à savoir : la renonciation à se pourvoir contre le vice de l'acte. Il fallait donc que dans l'une comme dans l'autre, le débiteur pût valablement aliéner.

620. — Or, cette faculté n'a jamais appartenu au mineur, à l'interdit, à la femme mariée; elle ne saurait être exercée par celui qui

ignore la nature vicieuse de l'engagement qu'il a souscrit. Cette ignorance du vice est présumée la cause unique de l'exécution, laquelle, se trouvant entachée d'erreur, ne saurait créer aucun lien obligatoire. C'est ce qui se réalise pour la ratification; c'est aussi ce que la loi admet pour la prescription.

Dès lors, le moment de la découverte du dol sera d'une importance décisive dans les procès où s'agite la question de prescription. L'action, en effet, se trouvera éteinte ou non, suivant la détermination que recevra ce point de départ de la prescription. A la charge de qui doit-on imposer le fardeau de la preuve ?

621. — Il semblerait résulter de l'article 1304 que c'est à celui qui excipe de la prescription qu'incombe ce devoir. Il n'y a prescription que si l'exécution s'est réalisée dans les conditions voulues par la loi. Celui-là donc qui invoque cette exécution devrait en justifier le caractère, pour pouvoir utilement s'en prévaloir.

Mais les considérations que nous avons invoquées pour la solution de cette question, à l'endroit de la ratification, doivent recevoir, dans cette circonstance, une entière application et conduire à une conséquence identique. L'exécution n'est jamais présumée le résultat de l'erreur. C'est la présomption contraire qui est seule admissible. La partie qui l'invoque n'a donc à prouver que son existence et sa durée.

Cette preuve fournie, la prescription est acquise, à moins que le débiteur n'allègue et ne prouve que le point de départ assigné n'est pas celui qui doit être adopté; en d'autres termes, que la découverte du dol ne remonte pas à dix ans. Cette allégation le constitue demandeur en exception. La preuve est donc à sa charge, et cela par les motifs que nous avons déjà rappelés, à savoir : qu'elle ne peut résulter que de faits qui lui sont personnels, que ces faits constituent une exception établie par son utilité, qu'ils tendent à enlever au créancier le bénéfice de la prescription [1].

622. — Mais il n'en est pas de cette preuve comme de celle de l'hypothèse prévue par l'article 448 du Code de procédure civile, elle ne doit pas être nécessairement une preuve écrite. C'est par les documents du procès, par les renseignements fournis par les témoins, c'est enfin par les présomptions qu'elle peut être acquise.

623. — Les principes généraux du droit sur l'interruption de la prescription reçoivent une application incontestée à celle édictée par l'article 1304. Tout acte constitutif d'une interruption, soit naturelle, soit civile, produirait donc, dans les conditions exigées par la loi, tous les effets dont il est susceptible.

624. — Qu'en est-il des causes qui suspendent la prescription? Le délai de dix ans, qui aurait commencé de courir contre un majeur, serait-il suspendu par la minorité ou l'interdiction de son héritier?

L'affirmative n'était pas douteuse en droit romain. Le mineur, comme l'enseigne Ulpien, était considéré comme lésé, en cela même qu'il n'avait pas formé en temps utile l'action que son auteur lui avait transmise : *Hoc enim ipso deceptus videtur, quod cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit* [2]. On lui accordait donc, pour intenter l'action après la majorité, le même temps qui restait au défunt au moment de sa mort : *Tempus quod habuit is cui hæres extitit.* La prescription restait donc suspendue depuis le décès du majeur jusqu'à la majorité de son héritier. Ce temps d'arrêt n'était que la conséquence de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio.*

Le fondement de cette doctrine, consacrée par notre droit, a été admis par le Code civil. L'article 2252, à la section *des Causes qui interrompent la prescription*, dispose que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits. Conséquemment notre question serait toute tranchée, si l'on déclarait cette disposition applicable à la prescription de l'article 1304.

C'est cette applicabilité que nie Toullier. « Le « Code, dit cet éminent jurisconsulte, a obéi, « quant à ce, à d'autres principes que le droit « romain, afin de ne pas prolonger l'incertitude « des transactions. Ce n'est qu'à l'égard des « actes faits par les mineurs et les interdits, et « non à l'égard des actes faits par ceux auxquels « ils succèdent, que l'article 1304 ordonne que « le temps ne courra que du jour de la majorité « ou de la levée de l'interdiction. De plus, l'ar- « ticle 1676 porte expressément que le délai « donné pour la rescision de la vente pour lé- « sion des sept douzièmes court contre les ab- « sents, les interdits et les mineurs venant du « chef d'un majeur [3].

Nous pourrions dire de Toullier ce que lui-même disait tout à l'heure de Merlin : il ne s'est pas exprimé avec son exactitude ordinaire.

[1] Cass., 23 juin 1825; Grenoble, 1er mars 1827; D. P., 25, 1, 400; 27, 2, 95.

[2] L. 19, Dig., *de minoribus.*

[3] T. VII, no 615.

Il est, en effet, facile de reconnaître que des deux arguments qu'il invoque, le premier est insignifiant, le second se rétorque contre son opinion d'une manière victorieuse.

L'article 1304 n'avait qu'un objet spécial : le sort de l'acte nul pour avoir été souscrit en minorité, en état d'interdiction, ou rescindable pour cause d'erreur ou de dol. Dans chacun de ces cas, il détermine le point de départ de la prescription de l'action qui en résulte.

Mais l'article 1304 ne s'explique ni sur le cas où les personnes, à qui appartient l'action, meurent sans l'avoir exercée et avant que le délai, dans lequel l'exercice en est circonscrit, ait commencé de courir, ni sur le cas où elles meurent pendant le cours de ce délai, ni sur le cas où ce sont des mineurs qui leur succèdent. Que conclure de ce silence, sinon que, s'en référant aux principes généraux en matière de prescription, le législateur a laissé sous leur empire la solution que chacun d'eux doit recevoir.

Ainsi, dit Merlin, le législateur est censé dire que, dans le premier cas, l'héritier entre dans tous les droits du défunt, et que par suite il jouit, pour intenter l'action en nullité ou en rescision, de tout le délai qui était encore entier à la mort de celui-ci; il est censé dire, par la même raison, que, dans le second cas, l'héritier a pour intenter l'action tout le temps qui restait encore au défunt; il faut donc bien aussi qu'il soit censé dire que, dans le troisième cas, le temps qui restait au défunt ne commencera à courir contre l'héritier que du jour où celui-ci aura atteint sa majorité [1].

Cela est d'autant plus évident, qu'on ne pourrait décider le contraire sans violer formellement la disposition de l'article 2252. Sans doute la règle qu'elle renferme est susceptible de quelques exceptions, mais à condition que ces exceptions soient textuellement établies par une disposition expresse; c'est ainsi que l'exige l'article 2252 lui-même.

Or cette exception, dans le cas de l'article 1676, n'est qu'une conséquence du principe posé par l'article 2252. La prescription de l'action biennale court contre le mineur et l'interdit parce que l'article 1676, conformément à ce principe, le décide formellement. Toullier ne pourrait donc invoquer l'analogie qui le détermine que si l'article 1304 s'expliquait comme l'article 1676. Nous avons donc raison de dire que, loin d'être favorable à son système, cet article le repousse; il est évident en effet que si l'article 1676 ne s'en était pas formellement expliqué, la prescription biennale de l'action en rescision eût été suspendue par la minorité et l'interdiction. Donc l'article 1304 gardant le silence, il est impossible de ne pas admettre, dans l'hypothèse qu'il prévoit, ce qu'on aurait admis dans le cas de l'article 1676, si, à son tour, celui-ci s'était tu.

Mais, dit Toullier, il y a non-seulement identité de raison, mais une raison de plus pour appliquer la disposition de l'article 1676 aux autres actions en rescision dont la durée est de dix ans. Les considérations qui précèdent repoussent suffisamment cette observation, que les principes d'ailleurs condamnent. Lorsqu'il s'agit d'une exception pour laquelle la loi exige un texte formel, l'existence de ce texte, pour un cas déterminé, ne saurait autoriser son application à un autre cas non spécifié. Ce qui en résulterait plutôt, c'est que ce dernier a été formellement exclu : *Qui dicit de uno, de altero negat.* Il suffit donc que l'article 1676 soit une exception au principe général pour qu'il faille le restreindre au cas spécial qu'il prévoit, soit en vertu du principe que nous venons de rappeler, soit parce que les exceptions étant de droit étroit, on ne peut les étendre d'un cas à l'autre sous prétexte d'analogie, de parité ou de supériorité de raison.

Nous ne croyons donc pas que l'opinion de Toullier puisse être suivie. L'avis contraire est seul conforme aux véritables principes, c'est ce qu'attestent la doctrine et la jurisprudence [2]. On doit donc décider que dans le cas de l'article 1304, comme dans la prescription en général, le délai est suspendu par la minorité et par l'interdiction de l'héritier du majeur, contre lequel il a commencé de courir.

625. — Nous avons vu plus haut que le dol engendre, outre et indépendamment de l'action en rescision, l'action en dommages-intérêts, et que le plaignant est en droit d'exercer celle-ci, soit qu'il ne veuille ou qu'il ne puisse intenter l'autre. Cette action, comme celle en rescision, est-elle atteinte par la prescription de dix ans?

La négative est enseignée par Chardon en ces termes : « Si l'action ne tendait qu'aux dommages-intérêts résultant du dol, elle pourrait « être utilement exercée après les dix ans de la « découverte. La règle générale pour les prescriptions est celle que contient l'article 2262

[1] *Questions de droit*, v° *Rescision*, § 5.

[2] Merlin, *loco citato;* Domat, *L. civ.*, liv. II, tit. *de la Restitution*, sect. 1re, n° 15; Solon, *des Nullités*, t. II, p. 464, n° 493; Limoges, 26 mai 1838; D. P., 38, 2, 203.

« du Code civil, qui fixe à trente ans la durée « de toutes les actions réelles ou personnelles. « Toutes les prescriptions acquises par un laps « de temps moins considérable ne sont que des « exceptions à cette règle, et, comme toutes les « exceptions, elles doivent être restreintes aux « cas pour lesquels elles sont établies. Or l'arti- « cle 1304 n'établit la prescription de dix ans « qu'à l'égard de l'action en nullité [1]. »

Parfaitement d'accord avec Chardon sur le principe, nous ne pouvons en contester la conséquence. Mais ce que nous ne pouvons admettre, c'est l'application qu'il en fait à l'article 1304, lequel nous paraît établir formellement une exception à l'article 2262.

Il est vrai que cet article ne parle nommément que de l'action en nullité ou rescision, mais l'extinction ne porte pas seulement sur l'action ; ce que la prescription atteint, c'est principalement sa cause : or si l'action en dommages-intérêts n'a pas d'autre cause que celle de l'action en rescision, et si, pour ce qui concerne cette dernière, cette cause est désormais éteinte, comment la première pourrait-elle survivre à son principe générateur?

L'identité de la cause, dans l'action en rescision et dans celle en dommages-intérêts, ne saurait être contestée. Le dol seul qui motive l'une motive l'autre. Mais si l'acte ne peut même plus être querellé sous ce rapport, il est évident qu'on n'aurait aucun fondement dans la demande en dommages-intérêts, et que cette demande ne pourrait être justifiée.

C'est ce qui se réalise chaque jour pour la rescision, pour vices rédhibitoires. L'existence de l'un de ces vices engendre deux actions : l'une en rescision, l'autre en *quanti minoris*, c'est-à-dire en dommages-intérêts. Celui qui ayant intenté l'une a succombé serait-il recevable à intenter plus tard la seconde? Évidemment non, car en donnant congé sur la première, le jugement a légalement prononcé sur toutes les deux.

Cette doctrine, que nous avons dit être celle du judicieux Pothier [2], a conduit à cette conséquence rationnelle, que celui qui a laissé expirer les délais de la rédhibition, ne peut plus recourir à l'action en dommages-intérêts : c'est ce que la cour d'appel d'Aix, notamment, a jugé dans l'affaire Agard contre Gilles, sur le motif entre autres que le recours en dommages-intérêts, après la déchéance de l'action en nullité ou rescision de la vente, accuserait l'inutilité de cette déchéance en la remplaçant avantageusement par l'action en dommages-intérêts [3].

Le même effet se produirait exactement dans le cas de l'article 1304, si l'opinion de Chardon pouvait être admise. Quel serait le bénéfice de la prescription, si son accomplissement laisse subsister : d'une part, le droit d'obtenir une réparation intégrale ; de l'autre, l'obligation de faire disparaître tout préjudice occasionné par le dol? Qu'aurait donc gagné celui qui a prescrit? Quelle serait la peine de la négligence de celui qui a laissé prescrire? Le maintien de l'acte! Mais ce maintien n'a plus de prix réel, lorsque l'inégalité qu'il crée doit être rachetée à prix d'argent.

Le système de Chardon enlève donc toute sanction réelle à l'article 1304. L'action en dommages-intérêts ne pourrait survivre à l'action en rescision sans briser toute l'économie de cette disposition législative, sans méconnaître ouvertement l'esprit qui l'a dictée.

Nous venons de le dire, la prescription n'est, à vrai dire, qu'un mode de ratification tacite, car elle ne résulte que d'une exécution donnée en pleine connaissance du vice dont l'obligation est entachée. Dix ans entiers de cette exécution font consacrer qu'il a été dans l'intention des parties de purger ce vice, lequel se trouve dès lors complétement effacé. Or, comment concilier cette conséquence avec le système de Chardon? L'action en dommages-intérêts survivrait-elle à la ratification expresse ou tacite? Évidemment non. Mais alors comment pourrait-elle survivre à la ratification légale résultant de l'exécution décennale? L'obstacle que nous rencontrons dans le premier cas, à savoir : l'extinction du principe générateur de l'action, se rencontre d'une manière non moins énergique, non moins péremptoire. Il y a dès lors une invincible impossibilité à décider pour l'un le contraire de ce qu'on déciderait pour l'autre.

En résumé, si le dol crée deux actions, ces deux actions, différentes quant aux résultats, n'ont qu'une seule cause. La prescription effaçant le dol, empêchant qu'on puisse plus tard en alléguer l'existence, atteint également tous les droits que celui-ci est dans le cas de créer. Permettre de demander des dommages-intérêts lorsqu'on s'est rendu non recevable à poursuivre la rescision de l'acte, c'est véritablement abuser de la différence des mots et reconnaître un effet qui n'a pas de cause.

[1] T. Ier, p. 81, n° 54.
[2] *Vid. suprà*, n° 538.
[3] 23 décembre 1843; *Jurisp. de la cour d'Aix*, 1844, p. 129.

626. — Nous ne pouvons donc partager l'opinion de Chardon, pas plus en ce point que lorsqu'il enseigne qu'après trente ans, lors même que le dol n'aurait été découvert que récemment, toute action serait prescrite. On ne saurait se placer plus formellement en contradiction avec le texte de la loi, qui ne fait courir le délai de dix ans que du jour de cette découverte. Cette découverte est donc un des éléments constitutifs de la prescription, elle en forme l'unique point de départ, à quelque époque qu'elle se réalise. Conséquemment, dire que l'exécution qui a précédé cette découverte pourra concourir dans une proportion quelconque à l'acquisition de la prescription ou la déterminer, c'est se placer en révolte ouverte contre la volonté expresse du législateur, c'est consacrer une injustice en dépouillant celui qui n'a jamais pu agir parce qu'il a toujours ignoré qu'il eût un droit à exercer; c'est enfin méconnaître cette maxime si équitable : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.*

La prescription ne peut se justifier que par l'inconcevable négligence apportée à la réclamation d'un droit qu'on sait vous appartenir, qu'on est en état de revendiquer. C'est ce que consacre l'article 1304, en n'ouvrant le délai de la prescription qu'au moment de la découverte du dol. Assigner un temps quelconque à cette découverte était une chose impossible. C'est donc ajouter à la loi que de la circonscrire même dans le délai de trente ans.

627. — La déchéance prononcée par l'article 1304 est absolue; il est bon de ne pas le perdre de vue, en présence des principes concernant la répétition de l'indû. On sait qu'aux termes de l'article 1235, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition; on sait aussi que l'action en répétition dure trente ans. Or, celui qui a soldé une obligation pourrait prétendre avoir payé ce qu'il ne devait pas, et conséquemment vouloir se placer sous le patronage de la prescription trentenaire.

Il est certain que le dol n'oblige ni naturellement ni civilement. Celui qui a payé une dette qui en est viciée a donc réellement payé ce qu'il ne devait pas. Mais si on pouvait, en pareille matière, invoquer les principes de la répétition, on arriverait à cette singulière antinomie qu'un droit, éteint en vertu de l'article 1304, survivrait pendant vingt ans encore à cette extinction. Cet article ne serait donc plus qu'une menace inutile et vaine.

Un pareil résultat est la condamnation la plus énergique du système qui le verrait se produire. Nous pouvons donc, par l'effet seul, juger que le législateur n'a pu admettre la cause. C'est au reste à quoi aboutit l'appréciation des véritables principes en matière de répétition de la chose non due.

Il n'y a payement non dû que lorsque la dette n'existait pas ou n'existait plus au moment où elle a été payée; et que cette circonstance, ignorée au moins par le débiteur, a seule déterminé le payement. L'erreur sur la qualité respective de créancier et de débiteur est tellement essentielle que celui qui paye, sachant qu'il ne doit pas, se rend non recevable à répéter : *Sed si sciens se non debere, indebitum solvit, cessat repetitio... Enim vero indebitum solutum sciens, non recte repetit* [1].

Cette doctrine n'est que la conséquence de cette idée fort juste : qu'on ne paye pas uniquement pour se procurer le plaisir de redemander judiciairement ce qu'on n'était pas obligé de payer. Conséquemment, celui qui paye sciemment une dette qu'on lui réclame, qui ne peut en conséquence exciper d'une erreur quelconque, prouve suffisamment que cette dette constituait au moins pour lui une obligation naturelle, et ce motif suffit pour rendre l'action en répétition non recevable.

Ainsi l'exercice de la répétition suppose le payement par erreur d'une dette qui n'existait pas, soit que le prétendu débiteur ne se fût jamais engagé, soit que la dette existant dans le principe eût déjà été payée par lui, soit enfin qu'il ne fût pas le débiteur véritable.

Or, celui qui paye une dette, en vertu d'un engagement qu'il a souscrit, ne se place dans aucune de ces hypothèses. Que la dette ait été acceptée par le résultat de la violence, de l'erreur ou du dol, qu'elle soit sans cause ou sur une cause fausse ou illicite, elle n'en existe pas moins, elle n'en est pas moins le fait du débiteur, qui demeure obligé tant qu'il n'a pas fait prononcer en justice la nullité de son engagement. Un consentement extorqué, dit Pothier, n'en est pas moins obligatoire tant que le lien n'en a pas été régulièrement rompu. Donc l'exécution de l'obligation, le payement qu'elle a déterminé, n'est qu'une conséquence naturelle de l'existence de l'obligation elle-même. Donc la dette payée était due aux yeux de la loi positive.

Comment donc pourrait-elle être répétée lorsque le débiteur, pouvant la faire annuler, l'a au contraire acceptée et payée. Car il faut néces-

[1] L. 1, Dig., et L. 9, Cod., *de condict. indebiti.*

sairement admettre que le payement a été réalisé en pleine connaissance du vice de l'obligation. En effet, si le dol n'était pas découvert lors du payement, il est inutile de recourir aux principes de la répétition. L'action en nullité est ouverte du moment où le dol apparaît, et cette action suffit pour déterminer la restitution de ce qui a été payé.

Que si le payement a été fait avant la découverte du vice et que, celle-ci se réalisant, le débiteur ait gardé le silence pendant dix ans, ce silence équivaut à ratification. L'acte ainsi confirmé est désormais inattaquable. Or, la dette existant dès lors légalement, le payement qui l'a éteinte ne saurait devenir l'objet d'une action en répétition.

Ainsi tant que l'action en nullité n'est pas prescrite, elle sauvegarde suffisamment les intérêts du débiteur, elle est pour lui à l'instar de la répétition, puisqu'elle amène le remboursement de ce qu'il a injustement payé. Après l'extinction de cette action, il existe réellement une dette obligatoire puisant ce caractère dans la ratification dont elle a été l'objet, soit expressément, soit tacitement, soit par l'effet de la prescription. Il ne peut donc y avoir lieu à répétition, par la meilleure de toutes les raisons, à savoir : parce que le payement s'applique à une dette due.

Les considérations qui précèdent nous paraissent de nature à aplanir les difficultés que pourrait faire naître la distinction entre le cas où l'on pourrait être appelé à exercer soit l'action en rescision, soit l'action en répétition. Le payement a-t-il été la conséquence de l'erreur sur l'existence actuelle de la dette, sur la qualité respective de créancier et de débiteur? C'est l'action en répétition qui est ouverte. Toutes les fois, au contraire, que l'erreur a porté sur les caractères extérieurs ou essentiels de l'obligation, sur sa validité, l'action est déterminée par l'objet qu'elle se propose. Or, dans cette hypothèse, la restitution ne sera que la conséquence de la constatation du vice de l'obligation, de la nullité qui en résulte. C'est donc cette nullité qu'on doit établir *a priori*, et dès lors l'action rentre nécessairement sous l'application de l'article 1304.

628. — Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse de l'action intentée après l'exécution de l'acte, et nous avons dit que la prescription n'était elle-même que la conséquence de cette exécution. Il est cependant certain que, même dans le cas où l'acte n'a pas été exécuté, l'action du débiteur se prescrirait par dix ans, en ce sens qu'après ce délai il ne pourrait plus directement faire prononcer la rescision de l'obligation.

629. — Mais loin d'affaiblir notre système, ce point de vue vient lui donner une éclatante confirmation. En effet, le créancier, dans cette hypothèse, ne gagne à la prescription que d'être affranchi de la nécessité de se défendre en justice contre la demande en rescision; ses droits, quant à la chose ayant fait l'objet de l'obligation, demeurent ce qu'ils ont été jusque-là, une menace d'autant plus vaine que, le jour où il voudra les réaliser, le débiteur aura la faculté de faire prononcer par voie d'exception la rescison qu'il ne peut requérir par voie d'action. Ici, en effet, s'applique la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

630. — Il n'est peut-être pas de règle qui soit plus souvent invoquée au palais que celle que nous rappelons, il s'en faut pourtant qu'elle le soit toujours à propos. Cette circonstance, et l'importance d'ailleurs qu'elle a pour les droits qu'elle est dans le cas de protéger, nous font un devoir d'en rechercher le sens, d'en préciser l'étendue. Nous déterminerons ainsi les cas dans lesquels elle doit être appliquée.

Que cette règle puise son origine dans certains textes du droit romain, c'est ce dont il est permis de douter. A notre avis, Merlin [1] prouve le contraire avec autant de supériorité de raison que de clarté.

Ce qui est certain, c'est qu'elle avait été consacrée en principe par notre ancien droit. Mais, d'accord sur ce principe, les docteurs étaient loin de s'entendre sur son application. Quelques-uns mêmes allaient jusqu'à l'exclure, lorsque ce qui faisait l'objet de l'exception avait pu être proposé par voie d'action.

Cette doctrine, comme l'observe Merlin, dénaturait complétement le principe. La faculté d'agir perpétuellement par exception, lorsque l'action n'est que temporaire, implique forcément le concours de l'action et de l'exception. Prohiber celle-ci, lorsque l'autre n'avait pas été exercée, c'était donc refuser d'appliquer la règle au cas pour lequel elle a été précisément faite et qu'elle paraissait devoir exclusivement régir.

C'est cependant cette erreur grave que les rédacteurs de l'ordonnance de 1539 avaient consacrée, en inscrivant dans l'article 134 : *qu'après l'âge de trente-cinq ans parfaits et accomplis ne se pourrait, pour le regard du privilége ou faveur de minorité, plus déduire ou poursuivre la*

[1] *Répert.*, v° *Prescription*, sect. II, § 25.

cassation des contrats, EN DEMANDANT OU EN DÉFENDANT.

Ainsi la prescription atteignait, sous l'empire de cette ordonnance, non-seulement l'action, mais encore l'exception. Mais cette disposition avait été, à l'endroit de celle-ci, sévèrement appréciée par la doctrine. *In hoc iniqua est constitutio,* s'écriait Dumoulin, et cette opinion si grave avait suffi pour que dans la pratique le texte rigoureux de l'ordonnance ne fût appliqué que lorsque, sous le rôle apparent de défendeur, le mineur venait, comme véritable demandeur, après dix ans de la majorité, exciper de la lésion soufferte en minorité.

Les termes de l'article 1304, en regard de ceux de l'ordonnance de 1539, prouvent que le législateur nouveau a formellement proscrit le système de celle-ci. La réprobation qui avait d'ailleurs accueilli ce système lui en faisait un devoir. Cependant Duranton voit, dans le silence gardé sur l'exception, l'intention de suivre aujourd'hui encore l'opinion des rédacteurs de l'ordonnance. Mais cette doctrine nous paraît insoutenable en présence du texte, mieux encore de l'esprit de la loi.

631. — L'article 1304 n'a pas dit que l'exception serait prescrite, parce que l'exception à l'aide de laquelle on veut se maintenir en possession suppose, chez celui qui en excipe, la possession actuelle et ancienne de ce qui fait l'objet du litige. Celui qui veut le dépouiller n'a donc pas cette possession, et, en cet état, comment concevoir la possibilité d'une prescription? On ne peut prescrire qu'autant qu'on a possédé, que ce qu'on a possédé : *Tantum præscriptum quantum possessum.* Il suffit donc que celui qui revendique n'ait rien possédé, pour qu'il n'ait pas, nous ne dirons pas prescrit, mais pu prescrire. Si quelque chose avait pu être atteint par la prescription, ce serait le droit qu'on cherche à faire valoir après un silence et une inaction de plus de dix ans. Ainsi, l'absence de toute possession ne permettait pas de placer l'exception sur la même ligne que l'action dans l'hypothèse contraire, et voilà pourquoi l'article 1304 se borne à soumettre celle-ci à la prescription qu'il édicte. Le silence qu'il garde sur l'exception ne peut donc être interprété comme le fait Duranton. On ne comprendrait pas d'ailleurs ce silence si le Code n'avait voulu que ce que voulait l'ordonnance. La chose méritait certes bien qu'il s'en expliquât autrement.

632. — L'esprit de la loi ainsi fixé, nous arrivons à cette conséquence que l'exception perpétuelle suppose l'existence d'une action actuellement prescrite. C'est évidemment ce qui se réalisera dans le cas de dol, lorsque la prescription décennale aura fait disparaître l'action. Dès lors, la recevabilité de la maxime *quæ temporalia,* etc... ne peut être contestée. Nous ne connaissons guère que Duranton qui l'ait combattue [1]. Mais il suffit de lire ce qu'il a écrit à ce sujet pour s'étonner qu'un jurisconsulte aussi distingué n'ait pas jugé, par l'embarras de ses développements et par la gravité des doutes qu'il signale, qu'il n'était pas dans la voie des véritables principes.

Son opinion, indépendamment de ce qu'elle est à peu près isolée, est combattue par une nombreuse et imposante jurisprudence, couronnée par un arrêt de la cour de cassation du 1er décembre 1846 [2].

633. — Cet arrêt nous fournit l'occasion naturelle de passer de ces considérations générales aux conditions que le juge doit exiger pour appliquer la règle que nous examinons. Or, la première et la plus indispensable de ces conditions, c'est que l'obligation nulle ou rescindable n'ait encore reçu aucune exécution. Ainsi, la cour de cassation pose en principe que l'exception ne peut être utilement invoquée qu'autant que celui qui s'en prévaut est constamment resté en possession de l'objet ayant fait la matière de cette obligation. Alors, en effet, le créancier n'a pu prescrire, ainsi que nous venons de le dire, et, de son côté, le débiteur, n'ayant jamais éprouvé de préjudice, ne peut être présumé avoir renoncé au droit que l'existence du dol lui conférait. L'exception n'est en conséquence qu'un moyen de se défendre contre une injuste spoliation qu'il ne dépendait pas du créancier de faire réussir en retardant à dessein le moment de la poursuivre. L'attaque se réalisant, la défense a le droit de se produire, car, comme l'observe Merlin, rien n'est plus conforme à l'équité que de faire durer le droit de se défendre aussi longtemps que dure le droit d'attaquer, et de ne jamais considérer comme trop lente la défense qui est aussi prompte que l'attaque.

634. — L'exception perpétuelle doit donc offrir ce caractère qu'elle n'est que la défense à la demande. Dès lors elle suppose que l'acte rescindable n'a encore reçu aucune exécution; dans le cas contraire, le débiteur, ne possédant plus, ne pourrait plus en invoquer le bénéfice.

Ainsi, je suis induit, par dol, à vendre tout

[1] T. XII, no 549.

[2] *Journal du Palais,* t. I, p. 16, 1847.

ou partie de ce que je possède. Découvrant le dol, je refuse de livrer l'objet vendu que je continue de posséder. Dix ans après, l'acquéreur me poursuit, en exécution de la vente; j'ai le droit d'en faire prononcer la résiliation. Vainement opposerait-on la prescription, cette prescription m'a enlevé la faculté de faire prononcer la rescision par voie d'action; mais l'absence d'exécution, la continuité de la possession, enfin ma qualité de défendeur m'autorisent à me prévaloir de la maxime *quæ temporalia*, etc.

635. — La possession est donc réellement le fait dominant du litige. De là, cette conséquence que le débiteur qui l'aurait perdue ou qui ne l'exercerait pas *jure suo*, ne pourrait, après la prescription de l'action, demander la rescision de l'acte par voie d'exception. La possession, pour conserver, doit offrir les caractères exigés pour celle qui fait acquérir, c'est-à-dire qu'elle doit être paisible, publique et exercée *animo domini*. Une possession matérielle, contraire à un titre régulier ou entaché de précarité, ne suffirait donc pas.

636. — Dès lors, celui qui aurait ratifié l'obligation rescindable, soit expressément, soit tacitement, et qui aurait ainsi aliéné le droit de l'attaquer par action, ne serait plus recevable à en demander l'annulation par voie d'exception. La possession de fait dont il exciperait ne pourrait prévaloir contre le titre régulier et légitime de son adversaire, à moins que, s'étant prolongée au delà de trente ans, elle fût sanctionnée par la prescription. La même fin de non-recevoir écarterait la prétention à faire rescinder l'acte par exception, lorsque le défendeur n'a conservé les biens qu'il détient qu'à titre de locataire ou de fermier.

637. — En dernière analyse, l'exception n'est proposable que lorsqu'elle a pour objet de maintenir un fait existant au moyen de l'annulation d'un titre contraire. C'est ce qui se réalise lorsque celui qui est actionné en revendication excipe de sa possession constante et demande la rescision du titre en vertu duquel on veut l'en dépouiller.

Mais lorsque dépouillé, soit de fait, soit en vertu d'un titre dont il a reconnu la validité, il veut reconquérir ce qu'il a perdu, sa prétention ne peut plus constituer une exception. De quelque manière qu'elle se produise, elle n'en constituera pas moins une action tombant sous l'application des articles 1304 et 1338. Ainsi, la maxime *quæ temporalia*, etc... n'est applicable que lorsqu'il s'agit de conserver ce que l'on possède. Elle ne peut jamais être appelée au secours d'une prétention tendant à se faire restituer ce qu'on a perdu. La possession de l'objet en litige est donc une condition sans laquelle on ne saurait même l'invoquer. Cette conclusion de la cour de cassation n'est que la consécration des principes anciens sur la matière [1].

638. — C'est dans ce caractère essentiel de l'exception que se trouve la solution des difficultés que son applicabilité peut créer dans certains cas. La loi 9, § 4, Dig., *de jurejurando*, nous offre une hypothèse qui peut fréquemment se présenter encore : un individu, déchu de l'action en rescision, intente purement et simplement l'action en revendication de l'objet qu'il prétend lui appartenir, sans indiquer le titre qui l'en a dépouillé. Lorsque ce titre lui est opposé, il en demande à son tour la rescision, répondant au reproche de prescription par la maxime *quæ temporalia*, etc...

Évidemment l'application de cette maxime est ici invoquée par voie d'exception, mais elle n'en doit pas moins être refusée. Son objet n'est plus de conserver, il tend à faire acquérir un droit définitivement aliéné. Dès lors celui qui l'invoque n'est pas dans les conditions voulues par la loi. Qu'importe, en effet, qu'en formulant sa demande première, il n'ait fait aucune mention du titre qu'il savait exister? Ce silence ne peut changer l'état des choses, ni surtout empêcher que la revendication exercée ne puisse être accueillie tant que le titre restera debout. Sa rescision est donc l'objet principal du litige, le but réel de l'action principalement intentée; dès lors si, par la prescription encourue, cette rescision n'est plus admissible, cette demande doit être rejetée.

S'il suffisait du détour que nous venons de signaler pour échapper à l'article 1304, sa disposition ne serait bientôt plus qu'une lettre morte sans efficacité, sans application. On évitera ce fâcheux résultat en appréciant la prétention dont on investit la justice plutôt par ses effets que par la circonstance dans laquelle elle se produit. L'exception est-elle invoquée à l'appui et pour le maintien d'un état de choses actuel? Elle est perpétuelle, la règle *quæ temporalia*, etc..., est applicable. A-t-elle pour objet de faire acquérir un droit perdu, la possession d'une chose dont on s'est dépouillé? Elle constitue une véritable demande principale régie par la disposition de l'article 1304. L'in-

[1] *Vid.* L. 31, Dig., *quibus causis majores*, etc... président Favre, *Rationalia in pandectas*, sur la L. 9, § 4, *de jurejurando*.

vocation de la maxime *quæ temporalia*, etc..., n'est qu'un abus.

Il en est de même lorsque cette invocation est faite pour échapper à la prescription qu'on oppose contre une demande qui, sans être une défense contre l'action à laquelle on défend, tend cependant à la modifier ou à en atténuer les résultats. Telles sont les demandes reconventionnelles ou en compensation.

Henrys estime que ces demandes constituent des actions plutôt que des exceptions. Ce sont, dit-il, des demandes réciproques accumulées, et le défendeur, par ces exceptions, tend plutôt à une compensation qu'à détruire la demande principale. Par exemple : Titius fait demande à un journalier, à un laboureur, du payement d'une obligation; le défendeur excipe de quelques journées ou labourages qu'il prétend. Cette exception n'est pas inhérente à l'action principale, c'est plutôt une nouvelle action qu'une exception [1].

De là Henrys conclut, avec raison, que, si cette exception était à son tour repoussée par celle de prescription, celui qui l'oppose ne pourrait se prétendre relevé de celle-ci par l'action principale à laquelle il défend. L'action, en effet, ne produit ce résultat qu'à l'endroit de l'exception qui lui est viscérale et connexe, qui procède, conséquemment, de l'action elle-même qu'elle a pour but d'anéantir : *Quæ perimit actionem*. Or, tel n'est pas, évidemment, le caractère de l'exception compensatoire ou reconventionnelle. Elle ne peut être admise que si elle est fondée en fait et en droit au moment où on l'oppose. Dès lors, si elle se trouve frappée de prescription, les conditions de la raison et de la loi ne se rencontrent plus, et le rejet qui l'accueille n'est qu'un devoir rigoureux pour le magistrat.

L'absence de connexité entre les deux droits les rend tellement indépendants l'un de l'autre, que les diligences faites par le créancier de l'un ne sauraient même suspendre la prescription à l'égard de l'autre. Ainsi, il suffirait que la prescription non accomplie au moment de l'introduction de l'instance le fût au moment où l'exception se produit, pour que cette exception dût être rejetée. C'est ce que la cour de cassation a formellement décidé par arrêt du 30 mars 1808.

Ainsi, la nature de la demande reconventionnelle ou en compensation n'est nullement modifiée parce qu'au lieu d'être introduite par action principale, elle est opposée par exception à une instance pendante. Elle ne peut triompher dans ce cas que si elle eût dû être accueillie dans le premier. Donc, la prétention d'échapper à la prescription qui l'eût repoussée dans celui-ci, par application de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, n'est ni admissible ni fondée; elle tend à confondre deux choses essentiellement distinctes et à poursuivre abusivement un avantage que la raison et la loi repoussent également.

639. — En résumé, la perpétuité de l'exception est admise par notre législation. Mais ce caractère n'appartient qu'à celle qui est viscérale et connexe à l'action elle-même et dont le but est d'obtenir par le rejet de cette action le maintien et la conservation de l'état des choses qu'elle met en question. Réclamer un droit dont on s'est dépouillé en se ménageant la faculté de le faire par voie d'exception, opposer à une demande une prétention qui, sans la détruire, doit en modifier ou en atténuer les effets, c'est former une demande principale plutôt qu'opposer une exception, dans quelque circonstance qu'on se trouve placé. Dès lors, la prescription qui a éteint le droit est un obstacle invincible à ce qu'il puisse être revendiqué. Décider le contraire par application de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, ce serait méconnaître son véritable caractère et lui accorder une étendue dont elle n'est pas susceptible.

[1] L. 4, quest. 44, t. II, p. 961.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA FRAUDE.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

640. — Nature de la fraude.
641. — Ses caractères.
642. — Diverses espèces de fraude.

640. — La fraude, plus subtile encore que le dol, n'en est que plus redoutable. Laissant moins de traces de son passage, parce qu'elle exige moins de calcul dans sa perpétration, elle n'en est que plus difficile à saisir, sans cependant que l'intérêt s'attachant à sa répression soit moindre aux yeux du législateur, aux yeux de la morale.

C'est donc servir celle-ci que de s'occuper des moyens pouvant amener cette répression. Sans doute il est impossible de suivre la fraude dans tous ses développements, de la signaler avec certitude dans tous les contrats qu'elle vicie. Mais en désigner les principaux caractères, dire quelles en sont les allures ordinaires, c'est faciliter les recherches confiées aux tribunaux, préparer la solution que les litiges doivent recevoir, et concourir ainsi à rendre plus facile et plus sûre la mission que le juge a à remplir.

641. — Heureusement qu'en matière de fraude la conscience du magistrat a, dans les résultats du fait, un auxiliaire puissant. L'existence certaine d'un préjudice crée, indépendamment de toute fraude, le droit d'obtenir une réparation. La constatation de ce préjudice est donc un grand pas dans l'appréciation de l'intention imputée à son auteur.

Rappelons, en effet, que l'existence d'un préjudice est le caractère essentiel de la fraude. Que ce préjudice ait été préparé au moment du contrat, qu'il en ait été la cause déterminante ou bien qu'il ne soit que la conséquence d'une pensée que l'exécution du traité aura fait surgir, peu importe. La fraude peut exister sans avoir été préméditée ; elle se réalise par cela seul qu'il y a préjudice : *Fraus non in consilio, sed in eventu.*

Admettre le contraire, c'était confondre le dol et la fraude, c'était s'exposer à rendre la répression de celle-ci impossible en présence même du préjudice le plus considérable. Rarement, en effet, trouvera-t-on la fraude dans l'origine des contrats ; c'est dans l'exécution qu'elle se manifestera le plus habituellement ; et le plus ordinairement aussi, c'est par le résultat lésif qu'elle donnera à cette exécution qu'elle décèlera son existence. Conséquemment, la saisir dans ce résultat, pour lui en enlever le bénéfice, devient le contre-poids indispensable de la facilité qu'elle a à se produire.

642. — Nos anciens jurisconsultes avaient d'abord admis onze espèces de fraude. Bientôt une classification plus exacte les réduisit à trois, savoir : la fraude consommée par une partie au détriment et à l'insu de l'autre partie, c'était la fraude *de re ad rem ;* celle concertée par les parties pour tromper les tiers étrangers à l'acte, on l'appelait *de persona ad personam ;* enfin, la fraude *de contractu in contractum,* consistant à dissimuler, sous la forme de l'acte, le contrat réel que les parties avaient voulu faire [1].

Cette distinction embrasse aujourd'hui toute la matière. Sous l'empire de notre législation, en effet, la fraude est restée l'art perfide de braver les lois avec l'apparence de la soumission, de violer les traités en paraissant les exécuter, et de tromper, par l'extérieur des actes et des faits, sinon ceux qu'on dépouille, du moins les tribunaux dont ils pourraient invoquer la puissance [2].

[1] Danty, *de la Preuve test.*, p. 172, n° 30.

[2] Chardon, *de la Fraude*, t. II, p. 1.

Il y a donc trois espèces de fraude, ayant chacune ses règles particulières, ses principes spéciaux, ses effets distincts. Cette distinction trace la division que nous avons à suivre. Mais avant d'examiner ce qui se rapporte à chaque espèce, nous devons exposer ce qui concerne la fraude en général et le mode adopté pour sa constatation.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PREUVE DE LA FRAUDE.

SOMMAIRE.

643. — Caractère que doit avoir la preuve.
644. — Comment et par quels moyens on peut la fournir.

643. — L'existence certaine de la fraude dont on se plaint est la première et la plus indispensable condition de la réparation réclamée. C'est donc à celui qui poursuit cette réparation qu'incombe la charge de prouver l'existence de la fraude.

Cette preuve, pour être utile, doit tendre à établir d'abord un préjudice certain et incontestable; en second lieu, que le fait dont il résulte est un fait illégal ou illégitime; enfin, que ce fait émane de celui à qui on l'impute.

Qu'importe, en effet, qu'on ait révélé l'existence d'un fait même nuisible, si l'auteur de ce fait peut se retrancher dans le droit qu'il avait de l'exécuter. Ce que la loi considère comme une fraude punissable n'a jamais été ni pu être l'exercice d'un droit, quelque dommageable qu'il puisse être pour des tiers. C'est uniquement le préjudice résultant d'une pensée méchante que rien ne saurait justifier ou faire admettre, n'ayant d'autre but que de s'enrichir au détriment d'autrui.

Celui-là donc qui, sur le reproche d'un fait dommageable, pourra répondre *jure feci*, ne saurait encourir aucune responsabilité, ni être tenu à aucune réparation. Mais l'exercice d'un droit ne serait pas une excuse suffisante pour l'abus en signalant l'exécution. Conséquemment, le magistrat a toujours, dans l'appréciation du droit, à rechercher si son exercice s'est ou non renfermé dans de justes limites.

644. — Par quels moyens la preuve de la fraude peut-elle être fournie? En général, il en est de la fraude comme du dol, elle ne se présume pas. Cependant cette règle reçoit des exceptions; il est des cas où la fraude est tellement imminente, tellement prochaine, que la loi l'a admise de plein droit. Il en est d'autres où la fraude résulte invinciblement du fait lui-même. Dans toutes ces hypothèses, pas de difficultés possibles, la fraude est légalement prouvée.

Mais hors ces exceptions, la preuve doit être fournie par écrit dans certains cas, par témoins dans d'autres, ainsi que nous allons le voir, après avoir établi ce qui concerne la présomption de fraude.

SECTION I.

DE LA FRAUDE PRÉSUMÉE.

SOMMAIRE.

645. — Caractère et motif de la présomption.
646. — La renonciation à une succession non ouverte est présumée frauduleuse.
647. — Quelle est la législation applicable au pacte sur succession future, antérieur au Code, lorsque la succession ne s'est ouverte que depuis sa promulgation?
648. — Le pacte est-il susceptible de ratification après l'ouverture de la succession?
649. — La renonciation pour un seul prix à deux successions, l'une ouverte et l'autre non échue, est nulle pour le tout.
650. — Examen de deux arrêts invoqués à l'appui de la divisibilité.
651. — La libéralité faite à un incapable est présumée frauduleuse.
652. — Moyens employés pour se soustraire à cette présomption. — Conséquences.
653. — Motifs et fondement de la présomption.
654. — Son caractère.
655. — La société universelle entre personnes incapables de se donner ou de recevoir est présumée frauduleuse.
656. — Débats que l'article 1840 du Code civil a soulevés dans la séance du conseil d'État.
657. — Caractère de cette disposition. — Ses conséquences par rapport aux hypothèses prévues par l'article 911.
658. — Effets de la présomption de fraude.
659. — La société universelle entre un père et son enfant est-elle nulle intégralement ou seulement réductible?
660. — La dette de jeu est présumée frauduleuse.
661. — Difficultés que présente cette présomption dans son application aux paris sur la hausse ou la baisse des effets publics.
662. — A quels caractères doit-on reconnaître le pari illicite?
663. — Avantages de l'article 422 du Code pénal sur la législation précédente. — Nature et origine de celle-ci.
664. — Inconvénient du système actuel.
665. — L'appréciation de la légalité des jeux de bourse est abandonnée à l'arbitrage souverain du juge.
666. — Application des principes précédents au jeu sur marchandises.
667. — Caractères spéciaux devant frapper l'attention du juge. — Absence de sommation de prendre ou de livrer les objets vendus.
668. — Antécédents, moralité des parties, importance des ventes.
669. — Il n'y a réellement opération illicite que lorsque le jeu a été consenti par les deux parties. — Conséquences.
670. — La dette de jeu doit être annulée, sous quelques

formes qu'elle ait été déguisée. — Jurisprudence conforme.
671. — Résumé.
672. — Exceptions à la règle générale de l'article 1965 du Code civil.
673. — Caractère de ces exceptions.
674. — La faculté de rejeter la demande n'emporte pas celle de la réduire.
675. — Différence entre la dette de jeu et la dette dolosive ou frauduleuse. — Conséquences quant à la répétition de ce qui a été payé.
676. — Nature du payement dont parle l'article 1967 du Code civil.
677. — Le tiers qui a payé la dette du perdant a-t-il contre celui-ci l'action en répétition?
678. — *Quid* si le tiers a été le mandataire de la partie dans l'opération illicite?
679. — Il y a présomption de fraude pour les actes constituant le stellionat.
680. — Nature de la présomption dans le cas de vente ou d'hypothèque de la chose d'autrui.
681. — Dans le cas où l'on présente comme libres des immeubles grevés, ou qu'on déclare des hypothèques moindres que celles existant.
682. — Le silence gardé dans l'acte sur l'existence ou la quantité des hypothèques ne constitue pas le stellionat.
683. — Il n'en est pas de même pour les maris et les tuteurs; pour eux, l'omission équivaut à la fausse déclaration.
684. — Peut-on, dans ce cas, prendre en considération la bonne foi des uns ou des autres?
685. — En quoi consiste la bonne foi dans cette hypothèse?
686. — Il n'y a stellionat dans le cas de fausse déclaration que de la part de l'auteur de cette déclaration. — Conséquence à l'égard de la femme qui s'est solidairement engagée.
687. — Le stellionat n'est punissable qu'autant qu'il existe un préjudice possible.
688. — L'acquéreur de la chose d'autrui peut faire condamner le vendeur stellionataire, avant même d'être troublé dans sa possession.
689. — Peine du stellionat.
690. — La vente entre époux est présumée frauduleuse. — Motifs de cette disposition.
691. — Inconvénients du système contraire. — Différence entre le droit romain et le droit coutumier.
692. — C'est ce dernier droit que le Code a consacré.
693. — Exceptions à la règle générale.
694. — Caractère de la première exception.
695. — De la seconde, son étendue.
696. — De la troisième.
697. — Résumé.
698. — Conditions pour pouvoir se placer dans l'exception.
699. — La vente entre époux, au mépris de la loi, est nulle par rapport aux tiers.
700. — *Quid* vis-à-vis des héritiers?
701. — Quel est le sort des acquisitions que la femme prétend avoir faites pendant la durée du mariage?
702. — Prohibition que l'article 1596 du Code civil fait à certaines personnes de se rendre adjudicataires. — Ses motifs.
703. — Cette prohibition est-elle applicable au subrogé tuteur?
704. — L'article 711 du Code de procédure civile complète la catégorie des incapables créés par l'article 1596 du Code civil.
705. — Par qui peut être invoquée la nullité de l'adjudication rapportée contrairement à ces deux dispositions.
706. — Motifs de la prohibition pour les juges, etc..., de se rendre cessionnaires de procès, droits ou actions litigieux.
707. — Que faut-il entendre par procès, droits ou actions litigieux?
708. — Qui est recevable à poursuivre la nullité de la cession?
709. — L'interposition des personnes dans les deux cas précédents obéirait-elle à la règle tracée par l'article 911?
710. — Nature de la prohibition faite aux courtiers ou agents de change par les articles 85 et 86 du Code de commerce.
711. — Peine encourue par la violation.
712. — La loi ne prononce pas la nullité de l'opération illicite. — Par quels motifs.
713. — Mais on ne saurait, dans tous les cas, refuser de la prononcer sur la demande de l'autre partie. — Distinction proposée.
714. — La nullité opposable au courtier peut être opposée à la personne que celui-ci se serait frauduleusement substituée.
715. — Le courtier qui, moyennant un *dû-croire*, garantit la solvabilité de l'acheteur, contrevient-il à l'article 86 du Code de commerce?
716. — Par quel terme se prescrit le délit ou la contravention résultant de la violation des articles 85 et 86.
717. — L'absence de publication des actes de société soumis à cette formalité constitue une fraude présumée.
718. — Ses effets par rapport aux associés.
719. — Par rapport aux créanciers sociaux.
720. — Par rapport aux créanciers particuliers de chaque associé.
721. — La loi sur les faillites offre de nombreux exemples de fraude présumée.
722. — Nature de la présomption, suivant qu'il s'agit d'actes postérieurs ou antérieurs au jugement déclaratif.
723. — Distinction pour ces derniers entre ceux qui ont précédé de plus de dix jours la cessation réelle de payement et ceux qui ont été faits depuis ou dans les dix jours la précédant.
724. — Effets pour les uns et les autres de la présomption de fraude.

645. — Le législateur, déterminé par des idées de morale et d'intérêt général, a dû proscrire certains actes, admettre certaines incapacités. Ces dispositions ne pouvaient être efficaces que par le soin qu'on mettrait à en surveiller la stricte exécution; vouloir s'y soustraire soit directement, soit indirectement, tenter de les éluder par l'apparence donnée au contrat, c'est se révolter contre la loi, et, conséquemment, c'est faire un acte insusceptible de créer aucun lien obligatoire.

Ce qu'on peut admettre, c'est qu'on se gardera bien de se constituer en état de rébellion aux ordres du législateur d'une manière flagrante et certaine. C'est toujours sous des dehors licites qu'on aura soin de dissimuler la violation

de la loi. Mais le véritable caractère de l'acte constaté, la loi méconnue reprendra son empire et la convention illégale sera annulée par les tribunaux.

La fraude à la loi est indépendante de tout préjudice à l'endroit des parties, il suffit qu'on ait voulu accomplir ce que la loi défend, pour que les auteurs mêmes de la fraude soient admis à en poursuivre la répression.

646. — L'article 791 du Code civil nous en offre un exemple; il défend de renoncer, même par contrat de mariage, à la succession d'un homme vivant, et d'aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. Or, sur la poursuite de la nullité d'un pacte contraire à cette disposition, il est bien évident qu'il ne peut s'agir de la question d'un préjudice quelconque. Tout ce qu'il y a à considérer, c'est la nature de l'acte; constitue-t-il le pacte sur succession future, il n'y a pas à hésiter, son annulation doit être prononcée, alors même que le demandeur devrait en recueillir un dommage certain. Rien ne saurait légitimer ce qui blesse ouvertement une prohibition légale.

647. — Les pactes sur succession future n'étaient pas considérés, par notre ancien droit, comme contraires aux mœurs. Ils furent donc autorisés jusqu'au moment où notre législation intermédiaire proclama la règle contraire, depuis consacrée par le Code civil. Cette différence de principes a soulevé une question qui ne manquait pas d'intérêt, à l'origine du Code, à savoir : quel doit être le sort du pacte valablement consenti, lorsque la succession qui en a fait l'objet ne s'est ouverte que depuis la promulgation du Code?

Après quelques hésitations, l'opinion que ce pacte devait être régi par la législation nouvelle a prévalu. Les motifs, sur lesquels cette solution se fonde, sont : que les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II, que celles du 28 pluviôse an V, et l'article 791 du Code civil ont virtuellement annulé toute renonciation n'ayant pas encore produit son effet; que, jusqu'à leur ouverture, les successions sont dans le domaine du législateur qui peut, à son gré, en modifier le sort [1].

648. — La renonciation à une succession future est-elle susceptible de ratification après l'ouverture de la succession? On a dit pour la négative qu'un acte vicié d'une nullité radicale, déclaré contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, n'a que l'apparence d'un contrat; qu'il n'existe pas; que, conséquemment, il n'est sujet ni à ratification, ni à rescision.

Nous avons déjà distingué les nullités d'ordre public permanentes et éternelles, et celles dont les motifs purement temporaires s'effacent avec la cause qui les produisait. La renonciation à une succession future se place naturellement dans cette dernière catégorie; en effet, la succession venant à s'ouvrir, chaque appelé a le droit incontestable d'en récuser le bénéfice, de traiter de ses droits avec qui il lui plaît et de la manière qu'il juge convenable. A quel titre donc lui refuserait-on de ratifier la convention précédemment souscrite et qu'il tient à exécuter, puisqu'il n'en poursuit pas la nullité? Le motif d'ordre public ne saurait être invoqué depuis l'ouverture de la succession, le sort de l'acte est entièrement laissé à l'intérêt privé, seul apte à juger de ce qui est dans son utilité et dans ses convenances [2].

649. — Une difficulté plus sérieuse est celle de savoir si l'acte portant pour un prix unique renonciation à deux successions, l'une ouverte, l'autre à échoir, est nul pour le tout ou seulement pour ce qui concerne celle-ci?

La divisibilité de l'acte serait peut-être plus équitable, mais son indivisibilité est plus juridique. Il est incontestable que, dans sa détermination, le prix a subi l'influence des droits afférents au renonçant dans les deux successions. Mais dans quelles proportions? C'est ce que la justice est dans l'impossibilité de décider en l'état du silence gardé par les parties. De telle sorte qu'une ventilation quelconque serait de nature à s'écarter de la vérité réelle; d'ailleurs, cette ventilation constituerait un nouveau contrat substitué à l'ancien. Or, si les tribunaux ont le droit d'interpréter les contrats, ils n'ont jamais celui d'en créer un nouveau. Conséquemment, le contrat étant indivisible dans le fait et dans l'intention des parties, la nullité l'atteindrait dans son ensemble.

650. — On cite, comme ayant admis la divisibilité, deux arrêts : l'un de la cour de cassation, du 17 janvier 1837; l'autre de la cour de Lyon, du 19 mai 1840 [3]. Mais il est facile, en les consultant, de se convaincre qu'ils ne comportent pas la signification qu'on veut leur donner. Dans l'un et dans l'autre, en effet, le défendeur appliquait le prix total à la renonciation à la succession ouverte au moment du contrat, sans entendre exciper de celle à la succession lors à échoir. Il ne s'agissait

[1] Bastia, 14 avril 1834; cass., 23 mai 1828.
[2] Voy. *suprà*, n° 577.
[3] J. du P., t. Ier, 1837, p. 156, et t. II, 1841, p. 704.

donc plus de diviser le prix entre les deux successions. La question unique était celle de savoir si la restriction du contrat, dans des limites légales, ne laissait pas sans intérêts une nullité que le contrat, ainsi réduit, ne comportait plus.

Cela signifie-t il que la cour de cassation, que celle de Lyon, maintenant l'acte dans de pareilles circonstances, l'eût également maintenu s'il se fût agi de diviser le prix, d'en affecter une partie à la succession échue et une partie à la succession à échoir? Évidemment, non. Car, ce n'est qu'en considérant comme non écrit ce qui se rapportait à la succession à échoir qu'on a pu faire maintenir le contrat. Il semble dès lors que la décision eût été diamétralement contraire, si le maintien de l'acte, quant à ce, eût été réclamé.

Ainsi, l'indivisibilité de l'acte doit prévaloir, et son effet doit être la nullité entière, toutes les fois que le prix unique stipulé devra se répartir entre les deux successions. L'offre d'appliquer l'intégralité de ce prix à la succession lors échue pourra faire maintenir le contrat, le poursuivant n'éprouvant dès lors aucun dommage, puisqu'il retient tout ce qui, dans sa pensée, était l'équivalent de ses droits dans les deux successions, et, par le fait, il se trouve n'avoir traité que pour une.

651. — Il est des personnes incapables de recevoir une libéralité de la part de certaines autres. La loi n'ayant proclamé ces incapacités que dans une pensée de morale, que dans un but d'intérêt public, il importe que sa disposition reçoive une pleine et entière exécution.

652. — Or, on pourra vouloir se soustraire à cette exécution, et cette pensée amènera ou à une simulation dans le caractère de l'acte, ou à une simulation de parties.

La première existe lorsque la libéralité a été déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux. Elle ne constitue qu'une fraude ordinaire que la loi ne pouvait ni ne devait présumer de plein droit. Les ayants droit pourront donc la dénoncer et en poursuivre la répression, mais ils auront la charge de la prouver. Cette preuve sera plus facilement accueillie que dans les cas ordinaires, la qualité des parties et l'incapacité de l'une d'elles à l'endroit des libéralités donnant à la simulation une grande vraisemblance. Pour peu donc que d'autres présomptions viennent se réunir à celle-ci, la fraude sera considérée comme certaine.

La seconde existe lorsque la libéralité faite à l'incapable l'a été par une interposition de personnes. L'existence du fidéicommis peut, dans tous les cas, être alléguée et prouvée. Mais elle est présumée de plein droit lorsque l'appelé est le père ou la mère, l'enfant ou descendant, le conjoint de l'incapable.

653. — Le fondement de cette présomption est la facilité de la fraude qu'elle tend à prévenir et la nécessité d'une simulation de ce genre, en supposant la pensée d'éluder la loi sur les incapacités. Nous l'avons dit bien souvent, lorsqu'on veut violer la loi, on ne le fait pas ouvertement et sans déguisement aucun. Il serait trop facile d'avoir raison de cette violation, si rien ne la cachait aux yeux investigateurs de l'intérêt privé. Il faut donc demander des chances de réussite à des moyens capables de faire illusion et de créer l'erreur. Or, après la simulation dans le caractère de l'acte, s'offre l'interposition des personnes, conduisant, sous une autre apparence, à des résultats identiques.

C'est cette imminence de la fraude qui l'a fait admettre de plein droit, lorsqu'à l'affection du donateur pour l'incapable se joint la parenté entre celui-ci et le bénéficiaire de la libéralité. Ce n'est pas le père, la mère, l'enfant, le conjoint de l'incapable qu'on a voulu gratifier, c'est l'incapable lui-même. Dès lors, comme on ne peut faire indirectement ce qu'il est prohibé de faire directement, la libéralité doit être annulée.

654. — Le principe de la présomption en indique le véritable caractère. Elle n'admet pas la preuve contraire aux termes de l'article 1352 du Code civil. Dès lors le demandeur n'a qu'à établir l'incapacité d'une part, de l'autre, la qualité de parent de l'incapable au degré que nous venons de rappeler, pour que l'acte soit inévitablement condamné comme fidéicommis prohibé [1].

655. — L'article 1840 du Code civil nous fournit un nouvel exemple de fraude présumée. Nulle société universelle, dit cet article, ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner et de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. Toute société universelle, contractée au mépris de cette disposition, devrait donc être annulée. La loi la répute de plein droit frauduleuse, et la considère comme une libéralité déguisée en faveur de l'incapable.

656. — Cet esprit de l'article 1840 nous est nettement indiqué par les débats que sa dispo-

[1] Toullier, t. X, p. 65, n° 52; cass., 13 juillet 1813 et 10 novembre 1834.

sition subit au conseil d'État. Le projet du Code prohibait toute société de biens présents et n'admettait que celles de gains. Les premières étaient repoussées comme des donations déguisées qu'on ferait ainsi au mépris de la loi contre les incapables.

657. — Cependant, les sociétés universelles de biens, réclamées par quelques tribunaux, furent admises non, comme le dit Troplong, sans un sentiment de méfiance extrêmement marqué. C'est ce sentiment qui inspira la disposition de l'article 1840.

Il suit de là que la société étant considérée comme une donation déguisée, les règles applicables à celles-ci s'appliquent également à celles-là. Dès lors l'association faite par personne interposée pourra être querellée de simulation et de fraude, et cette interposition sera légalement présumée dans les hypothèses prévues par l'article 911. Il suit encore que nulle preuve contraire ne saurait prévaloir contre la présomption admise par l'article 1840.

658. — La nullité de la société universelle, par application de cette disposition, remonterait nécessairement à l'origine de la société. Cependant cette société, ayant existé de fait, donnerait lieu, pour le passé, à un règlement entre les prétendus associés. Il est évident que si ce règlement se faisait conformément aux stipulations du pacte social, l'incapable retirerait de la libéralité déguisée tout le profit qu'on a voulu lui conférer. N'est-il pas, en effet, certain qu'une société contractée pour éluder la loi sur les incapacités offrira pour celui-ci des avantages plus ou moins importants? Il est facile de prévoir que sa mise sera inférieure à celle de son associé et que, cependant, on lui assigne un droit égal à la masse. Peut-être aura-t-on stipulé qu'il participera par moitié dans les bénéfices, et dans une proportion moindre pour les dettes; peut-être même aura-t-on convenu d'un prélèvement en sa faveur pour les peines et soins qu'il promet de donner à la société. Nous avons raison de le dire, un règlement opéré sur ces bases donnerait à l'incapable l'avantage que la loi lui refuse.

Ces bases sont donc inadmissibles. Le règlement à faire consistera donc à déterminer l'apport de chaque partie; cette opération faite, les bénéfices ou les pertes seront répartis proportionnellement à l'apport, et l'indemnité pour peines et soins, s'il y a lieu, fixée par le juge *arbitrio boni viri*. Nous ajoutons que les termes du pacte, quant à l'apport de l'incapable, peuvent n'être qu'un mensonge, en ce sens que cet apport peut avoir été fourni directement ou indirectement par celui qui a voulu l'avantager. La loi ne présume rien à cet égard, mais elle laisse aux ayants droit la faculté d'exciper de cette fraude nouvelle, et, la preuve faite, le droit de faire annuler ce nouvel avantage prohibé.

659. — L'article 1840 a fait naître la question de savoir si la société universelle, contractée par le père avec un de ses enfants, est nulle à l'égard des autres enfants, ou si elle n'est seulement que réductible?

La nullité absolue est soutenue par Delvincourt et Duvergier. L'opinion contraire est enseignée par Troplong. Nous sommes de l'avis de celui-ci. Ce qui nous paraît décisif, c'est qu'en résultat, quelque rigoureux que soient les termes de l'article 1840, la nullité de la société n'est que la conséquence de l'incapacité de donner, de recevoir ou de s'avantager. Or, comme l'observe Troplong, l'existence d'héritiers à réserve ne crée pas une incapacité, elle pose seulement à la faculté de donner une restriction en deçà de laquelle le droit de donner et de recevoir est incontestable. Conséquemment le père pouvant directement aliéner et le fils recevoir jusqu'à concurrence de la quotité disponible, rien n'empêche d'arriver à ce résultat au moyen d'une association universelle, c'est-à-dire d'une manière indirecte. Les droits des héritiers à réserve ne seraient méconnus que si leur légitime était atteinte. C'est ce qu'on empêchera en réduisant les avantages conférés par l'association dans les limites de la quotité disponible [1].

660. — La dette provenant d'un jeu ou d'un pari est aux yeux de la loi une dette frauduleuse. Cette présomption a déterminé le législateur à refuser toute action tendant à en obtenir payement.

Nous n'avons pas à déterminer ce qui constitue le jeu ou le pari, il y a peu de difficultés possibles à propos des jeux ou paris ordinaires; d'ailleurs les questions s'élevant à cet égard seraient facilement résolues.

661. — Il n'en est pas de même pour les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics ou marchandises. Ces opérations ont atteint, au moment où nous parlons, des développements immenses, signalés à chaque instant par des catastrophes portant dans les populations l'épouvante et la ruine, et menaçant, si on n'y prend garde, de tarir le commerce jusque dans ses sources.

[1] Delvincourt, t. III, p. 223, notes; Duvergier, *des Sociétés*, n° 119; Troplong, sur l'art. 1840, nos 307 et suiv.

Le remède à employer immédiatement, c'est l'application intelligente et sévère de l'article 1965. Si la justice parvient enfin à décourager les joueurs, en favorisant et consacrant la résistance du perdant à payer la différence, elle aura rendu à la société le service le plus éclatant et le plus utile.

Certes, la mission des tribunaux n'est pas toujours facile. Le jeu ne se présente jamais à eux dans toute sa nudité. C'est à travers les voiles épais derrière lesquels il se cache qu'il faut aller le saisir. D'autre part, il ne faut pas qu'un débiteur de mauvaise foi puisse se soustraire à des obligations légitimes, en alléguant le jeu. Mais l'existence de ce jeu prouvée, rien ne doit mitiger le sort que la loi impose à ses conséquences.

662. — A quels caractères reconnaîtra-t-on cette existence? Cette question, simple lorsqu'il s'agit d'un jeu ou d'un pari ordinaire, est plus délicate en matière d'effets publics ou de marchandises.

Pour les premiers, la loi pénale a indiqué des éléments qu'une poursuite civile peut invoquer avec succès. En effet, l'article 422 du Code pénal répute jeu de bourse toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.

Remarquons bien que le législateur n'a pas proscrit les marchés à terme. C'eût été priver le commerce d'un de ses éléments essentiels. Ainsi, il suffira que le vendeur prouve qu'au moment de la livraison il était en position de livrer tout ce qu'il a promis, pour que le marché soit maintenu. Qu'importe, en effet, qu'au moment de la vente la marchandise ne fût pas à la disposition du vendeur, si, devant s'y trouver au terme convenu pour la livraison, celle-ci pourra se réaliser? Nous le répétons, la loi n'a voulu prohiber que les marchés fictifs, destinés d'avance à ne recevoir d'autre exécution que le payement de la différence entre le prix convenu et celui que la chose vaut au moment désigné comme celui de la livraison. Tel est, aux yeux de la loi, le marché dans lequel l'objet vendu n'était pas en la possession du vendeur au moment de la vente et ne devait pas s'y trouver à l'époque de la livraison.

663. — L'article 422 a donc évité le grave inconvénient qu'on reprochait avec raison à l'ancienne législation, à savoir : de priver le commerce des ressources immenses qu'il puise dans les marchés à terme. L'arrêt du conseil, publié le 24 septembre 1724, rendait en effet ces marchés impossibles par les conditions qu'il imposait à la vente d'effets publics, et notamment en exigeant la livraison effective au moment du traité. Cet arrêt portait l'empreinte des circonstances qui l'avaient inspiré. Le fameux système de Law venait de s'écrouler, semant après lui le discrédit, la ruine et la misère. On voulait donc proscrire l'agiotage pour empêcher le retour de ces calamités, mais, ainsi que cela arrive presque toujours, le but était dépassé. La spéculation à la baisse était désormais impossible, mais la liberté des transactions avait, de son côté, subi une grave atteinte.

L'agiotage reprit bientôt ses franches allures, et des plaintes nombreuses se firent de nouveau entendre. Un second arrêt du conseil, du 7 août 1785, proscrivit une seconde fois les marchés à terme et sans livraison. Cependant on pouvait suppléer à cette livraison par le dépôt réel des effets, constaté par acte dûment contrôlé au moment même de l'engagement. Plus tard, et par une disposition du 2 octobre suivant, ce dépôt put être, à son tour, suppléé par celui fait entre les mains du notaire, des pièces probantes établissant la libre propriété des effets vendus. Enfin un dernier arrêt, du 22 septembre 1786, annule tous les marchés dans lesquels le délai de la livraison dépasserait deux mois.

Comme on le voit, cette législation ne se préoccupait que d'une seule chose, la propriété matérielle des effets, au moment où le traité prenait naissance. Sans doute, on acquérait ainsi une preuve certaine de la sincérité de la vente, mais n'était-ce pas borner le commerce dans ses opérations, l'entraver dans ses développements, que d'empêcher le vendeur de demander à ces développements mêmes le moyen de faire face au traité par lui souscrit?

Qu'un commerçant vende journellement ce qu'il n'a pas en sa possession actuelle, c'est ce qui est, nous ne dirons pas seulement dans les usages, mais encore dans les nécessités du commerce. Otez cet aliment essentiel de la spéculation, et, sur-le-champ, vous blessez profondément une industrie dont les entreprises hasardeuses font la richesse de l'État. Donc, qu'un terme plus ou moins long soit stipulé, et que, l'échéance de ce terme se réalisant, la marchandise vendue se trouve à la disposition du vendeur, c'est tout ce qu'on peut raisonnablement exiger. Ce qui est rationnel pour la marchandise l'est au même titre pour les effets publics. Ceux-ci ne constituent en effet qu'une marchandise livrée à la spéculation.

L'article 422 du Code pénal a donc fait une plus exacte appréciation des besoins réels du commerce, il a plus sainement agi en ne pas exigeant qu'on possédât réellement, au moment de la vente, les effets qu'on s'engageait à livrer, et en admettant, comme équivalent, la preuve que le vendeur serait, à l'échéance du terme, en mesure de remplir toutes ses obligations.

Aujourd'hui donc, il n'y a marché fictif qu'en tant qu'il est justifié que le vendeur a été au moment du traité et sera, lors de la livraison, hors d'état de remplir ses engagements. A cette double condition, la loi ne voit dans l'opération qu'un pari sur la hausse ou sur la baisse devant se résoudre par le payement d'une différence, et dès lors incapable de créer ni obligation, ni action.

664. — Ce système, nous venons de le dire, est plus rationnel que celui de l'ancienne législation, mais il n'est pas, à son tour, exempt d'inconvénients. Il en est un surtout qui se recommande à toute l'attention de la justice. Le joueur, poursuivant l'exécution d'un marché fictif, est dans le cas d'exciper de marchés par lui contractés pour prétendre s'être mis en mesure de livrer à l'époque convenue. Or, ces marchés, où il figure comme acquéreur, peuvent n'être eux-mêmes que des marchés fictifs, et il ne faudrait pas qu'il pût trouver ainsi, dans le jeu lui-même, la justification de celui sur lequel la justice est appelée à statuer.

Sur ce point, la loi n'a pu que s'en référer à la prudence des magistrats. Il suffit de signaler l'existence de ce danger pour que la sollicitude des tribunaux, mise en demeure, rende une prétention de ce genre l'objet des investigations les plus minutieuses du contrôle le plus actif. Il n'est pas toujours difficile de distinguer l'opération fictive de l'opération sérieuse. Le nombre et l'importance des traités, relativement à la position des parties ou de l'une d'elles seulement, leurs habitudes, leurs antécédents, sont de nature à fournir des renseignements précieux et à déterminer même quelquefois le véritable caractère du marché.

665. — Au reste, il en est des jeux de bourse comme de toutes les questions de fait et d'intention. Les magistrats sont des jurés et prononcent comme tels, il n'y a donc aucun élément pouvant forcer leur conviction. Cette conviction, ils la puisent partout sans qu'ils aient à en rendre compte, si ce n'est à leur propre conscience. Satisfaite que soit celle-ci, ils n'ont plus qu'à appliquer la loi. Les termes de l'article 1965 sont trop clairs et trop précis pour qu'il s'élève la moindre difficulté. En effet, depuis le fameux arrêt Perdonnet contre de Forbin-Janson, la jurisprudence n'a pas un instant varié.

Ainsi un marché sur les effets publics ne doit pas être annulé par cela seul qu'il y a terme pour sa livraison. Il ne le serait pas non plus par la certitude acquise qu'au moment de la vente le vendeur n'avait pas en sa possession les effets qu'il promet; mais ce vendeur est, dans cette hypothèse, tenu de prouver qu'ils devaient se trouver entre ses mains à l'époque fixée pour la livraison. En l'absence de cette preuve, comme dans l'hypothèse de la preuve contraire, l'opération n'est plus qu'un marché fictif, tombant sous le coup de l'article 1965, et ne donnant conséquemment aucune action.

666. — Nous appliquons sans hésiter, à l'appréciation des marchés sur marchandises, les éléments que la loi adopte pour les effets publics. Sans doute l'article 422 du Code pénal est muet sur ce point. La cause de ce silence n'est pas difficile à pénétrer. En 1810, le jeu sur les marchandises n'avait pas encore appelé la sollicitude du législateur. Il était loin et bien loin des proportions qu'il a depuis acquis et qu'il était impossible de prévoir. Si les circonstances avaient été alors ce qu'elles sont aujourd'hui, nous n'en doutons pas, le projet présenté par le gouvernement eût été adopté, et le marché sur marchandises eût été dès lors inscrit au rang des délits, comme le marché sur les effets publics.

Ce qui doit à plus juste titre étonner, c'est qu'en 1832, lors de la révision du Code pénal, on n'ait pas songé à se précautionner contre le fléau que nous signalons. Mais tel qu'il se trouve, notre Code pénal renferme encore assez de lacunes, assez d'imperfections [1] pour qu'on ne trouve pas trop extraordinaire l'omission que nous signalons.

Quoi qu'il en soit, le marché sur marchandises, même dans les conditions de l'article 422, ne constituera pas un délit punissable. Mais la nullité civilement poursuivie est toujours indépendante de la question de délit, même

[1] Entre autres nous signalerons celle-ci : l'article 311 punit les coups et blessures volontaires d'un emprisonnement et d'une amende, ou de l'une de ces deux peines seulement. L'article 319 punit les coups et blessures involontaires de la prison et de l'amende. Ainsi, le cumul des deux peines est forcé, lorsque les coups sont involontaires; facultatif, lorsqu'ils sont volontaires. N'est-ce pas le contraire qu'il fallait consacrer?

pour les marchés sur effets publics qu'on peut annuler comme fictifs dans tous les cas. Or, pour l'appréciation de cette nullité, les conditions de l'article 422 sont à consulter en ce sens : que, s'il est prouvé que le vendeur de la marchandise n'avait pas et ne devait jamais avoir en sa possession celle qu'il a promis de livrer, le marché devrait forcément être considéré comme un véritable pari.

667. — Mais il est d'autres circonstances dans lesquelles le juge peut trouver le véritable caractère du marché. Ainsi on pourra facilement admettre qu'il n'y a qu'un pari sur la différence, lorsque les parties auront fait du payement de cette différence la clause pénale de l'inexécution ; lorsque, l'époque de la livraison arrivée, il n'y a eu aucune sommation de réaliser ou de recevoir cette livraison. On sait combien le commerce exige de ponctualité dans les opérations sérieuses, un retard n'est jamais toléré par l'acheteur, et cela, parce que ce retard l'expose soit à ne recevoir qu'après une baisse, soit à manquer lui-même aux engagements pris envers des tiers.

D'autre part, le vendeur n'est pas moins intéressé à livrer au temps convenu. Il reçoit par là le payement du prix ou son règlement en valeurs négociables. Il s'exonère ainsi de la responsabilité des détériorations ou perte de la marchandise, responsabilité qui le grève jusqu'à la livraison, ou tout au moins jusqu'à la mise en demeure de l'acheteur.

Donc, en présence de cet intérêt réciproque, l'absence de toute sommation est caractéristique, on peut y voir la preuve du défaut de sincérité de l'opération. Il en serait surtout ainsi, si le vendeur ou l'acheteur, poursuivant en justice, se bornait à demander le payement de la différence sans offrir d'effectuer ou d'accepter la livraison [1].

Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède que l'existence de la sommation d'effectuer ou d'accepter la livraison dût faire nécessairement considérer le marché comme sérieux. S'il en était ainsi, cette sommation se rencontrerait dans toutes les circonstances, malgré qu'on fût réellement dans l'impossibilité soit de recevoir, soit de livrer. Les actes apparents peuvent sans doute être consultés, mais ils n'ont pas une influence décisive dans les questions intentionnelles ; ce n'est donc pas par leur apparence seule que le magistrat doit se décider. Ce dont il a surtout à tenir compte, c'est de leur sincérité.

668. — Les antécédents, la moralité des parties, leur position commerciale, l'importance des ventes, eu égard à cette position, sont autant de circonstances pouvant éclairer la question de sincérité. Comment admettrait-on, par exemple, qu'un fabricant ait pu réellement s'engager à livrer, le plus souvent dans quelques mois, plus de marchandises qu'il ne pourrait en fabriquer pendant des années entières.

Tous ces faits sont de nature à fixer la conviction du juge, que la correspondance des parties peut aussi déterminer.

669. — Le jeu n'existe réellement que lorsque l'opération le constituant a été concertée entre les parties. Celui-là donc qui allègue le jeu doit non-seulement prouver qu'il n'a lui-même voulu faire qu'un pari sur la différence, mais encore que cette intention et cette volonté ont été également celles de son adversaire. Dans le cas contraire, sa prétention devrait être repoussée.

L'opération sérieuse, d'un côté, assure à la partie le droit de contraindre à l'exécution d'un marché qu'elle est en mesure d'exécuter en ce qui la concerne. Il importe peu que l'autre partie n'ait jamais eu l'intention de l'exécuter autrement qu'en soldant une différence, on ne saurait punir d'une fraude celui qui n'a donné aucun concours au fait d'où elle résulterait. Nous allons plus loin, agir autrement serait ouvrir la plus large issue à la mauvaise foi, dès que pour se soustraire aux conséquences d'une spéculation offrant une perte, il suffirait de venir devant la justice confesser impudemment sa propre turpitude, et s'accuser d'une fraude à laquelle on n'aurait pas songé si, au lieu d'une perte à subir, l'opération avait présenté un bénéfice.

670. — De quelque manière que se déguise la dette de jeu, la loi a voulu l'atteindre et l'effacer. On pouvait, dans cette matière, et en présence de l'article 1965, prévoir qu'on irait chercher dans la simulation le moyen de tromper et d'éluder la prohibition que cet article contient. Mais les tribunaux ne se sont pas laissé détourner du but, et partout où ils ont rencontré le jeu, ils ont su le réprimer, quelque enveloppe qu'eussent revêtue ses conséquences.

Ainsi il a été jugé :

1° Qu'un billet à ordre, quelle que soit la valeur dont il porte l'énonciation, doit être annulé, s'il a été souscrit par le perdant après une partie de jeu [2] ;

[1] Lyon, 31 décembre 1832 ; Bordeaux, 16 juillet 1840 ; J. D. P., t. II, 1840, p. 363.

[2] Grenoble, 8 octobre 1823.

2° Que l'acte de vente qui a pour cause une dette de jeu est nul, encore bien que l'acte remonte à une époque antérieure au Code civil [1];

3° Qu'on peut être admis à prouver par témoins qu'une obligation consentie, même par acte authentique, a pour cause réelle une dette de jeu [2];

4° Que les billets souscrits pour dette de jeu sont nuls, encore bien qu'ils aient été causés valeur reçue conptant [3].

Cette jurisprudence a obtenu l'assentiment de la doctrine. Les principes qu'elle consacre sont enseignés par Merlin, Toullier, Troplong, Rolland de Villargues, Chardon.

671. — En résumé, le jeu est proscrit par la loi d'une manière absolue, en ce sens qu'elle n'accorde aucune action pour contraindre à l'exécution de ses résultats, quelle que soit d'ailleurs la matière sur laquelle il s'est exercé. Pour la vente d'effets publics, le jeu est légalement présumé dans les cas prévus par l'article 422, et ce jeu constitue alors un délit. Mais l'existence de ce délit est indépendante de l'action civile. Celle-ci, ayant pour objet la nullité du traité, peut toujours être accueillie, alors même que tout délit aurait disparu par la réunion des caractères exigés par la loi. Quant aux marchés sur marchandises, la loi ne le présume jamais; mais, par une parité de raison incontestable, l'absence des conditions de l'article 422 du Code pénal le ferait admettre. Dans tous les cas, c'est à la prudence des juges à se déterminer par les faits et circonstances sur le caractère du contrat. L'existence du jeu admise, la dette, qui en est la conséquence, n'est pas légalement due, elle doit donc être annulée quelle que soit la forme qu'on lui ait donnée.

672. — La règle générale de l'article 1965 ne comporte d'autres exceptions que celles exprimées par l'article 1966. Il est des jeux que la loi n'a pas entendu prohiber, parce qu'ils sont utiles; tels sont ceux qui contribuent non-seulement à exercer et à former l'homme, mais encore à procurer un délassement agréable à ses fatigues et à ses travaux. La loi place dans cette catégorie notamment les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied et à cheval, les courses de chariots, le jeu de paume, en un mot, tous les jeux tenant à l'adresse et à l'exercice du corps.

673. — La véritable pensée du législateur, à l'endroit de ces exceptions, nous est nettement dévoilée par la dernière disposition de l'article 1966. La loi entend que le jeu, même licite, soit un délassement et non un métier. Aussi, tout en permettant de l'intéresser, elle veut le maintenir dans les limites étroites. De là, la faculté laissée aux tribunaux de rejeter la demande si elle paraît excessive.

674. — Il importe de remarquer que l'article qui permet le rejet ne laisse pas l'alternative entre ce rejet et la réduction. Il faut en conclure que cette réduction est dans tous les cas impossible. Cette conclusion se justifie par un double motif. Le jeu, sortant des limites modérées voulues par la loi, devient un jeu prohibé; comme tel, il ne saurait produire un effet quelconque; de plus, réduire l'enjeu convenu, c'est modifier la convention des parties, en changer les bases, faire en un mot un nouveau traité. Or, s'il est permis au juge d'interpréter un contrat valable, il ne lui est jamais loisible de suppléer au contrat nul par des dispositions valables.

675. — La fraude entachant le jeu a un caractère spécial que l'article 1967 consacre. En général, il en est de la dette frauduleuse comme de la dette dolosive. Non-seulement le débiteur n'est pas tenu de la payer, mais il peut encore la redemander après l'avoir payée et s'en faire rembourser. Cette règle reçoit exception en matière de jeu. La loi proscrit toute répétition. Est-ce par respect pour ce préjugé que la dette de jeu est une dette d'honneur? Est-ce parce que le jeu ne saurait dans aucun cas créer une action en justice? C'est ce qu'il n'est pas facile de décider. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que celui qui a payé est censé avoir soldé une obligation naturelle excluant toute possibilité de recours.

676. — Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le payement ait été effectif, réel, définitif; qu'il émane d'une volonté spontanée et libre. Nous venons de voir que le payement par le règlement en valeur ne serait pas celui que la loi exige, puisque l'acte, soit authentique, soit sous seing privé, renfermant ce règlement, devrait être annulé. Il n'y aurait donc pas payement par la souscription d'une valeur quelconque; il y aurait, tout au plus, reconnaissance de la dette ou ratification, et la loi proscrit également l'une et l'autre.

Il n'y aurait pas non plus payement légal, si le payement réellement fait est la conséquence de la supercherie, du dol ou de l'escroquerie.

[1] Paris, 27 novembre 1811.

[2] Limoges, 2 juin 1819; Lyon, 21 décembre 1822.

[3] Cass., 29 décembre 1814; Angers, 13 août 1831.

L'exécution naturelle, précisément parce qu'elle n'est pas ordonnée par la loi, ne peut être que le fruit d'une volonté intelligente et libre. Si cette volonté a été pervertie par des manœuvres, elle n'existe pas, et conséquemment il n'y a pas eu exécution. On ne donne pas volontairement ce qu'on n'aurait pas donné sans la ruse et le mensonge auxquels on a cédé. Les conditions exigées par la raison et par la loi ne se rencontrant point, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant l'emploi du dol, de la supercherie, de l'escroquerie.

677. — Ces notions indiquent nettement ce qu'il faut considérer comme un payement dans le sens de la loi. Aussi est-il permis de croire qu'aucune difficulté sérieuse n'arrêtera le juge, lorsqu'il aura à statuer entre le perdant et le gagnant. Mais il n'en est pas de même lorsque ce dernier ayant été désintéressé par un tiers, ce tiers actionne le perdant en remboursement de ses avances.

Cette action tombe-t-elle sous le coup de l'article 1965? Ici se présente une alternative offrant à ces deux termes un inconvénient grave; d'abord, d'une part, celui de laisser la perte à la charge d'un tiers étranger au jeu et ne méritant aucun reproche; d'autre part, celui de laisser l'article 1965 sans exécution. S'il suffit, en effet, pour l'éluder d'introduire un tiers dans l'exécution du traité, on ne manquera pas de le faire dans chaque espèce.

Il faut donc se soustraire à ce double écueil et, pour cela, ne pas s'écarter du système que la doctrine enseigne et que plusieurs monuments de jurisprudence ont déjà consacré. Les droits du tiers doivent être subordonnés à la preuve de sa bonne foi. Or, on juge de celle-ci par le plus ou moins de connaissance qu'il a eu de la nature de l'opération qu'il a soldée.

S'il a ignoré qu'il s'agissait d'une dette de jeu, le payement qu'il en a fait, sur l'ordre formel du perdant, le constitue créancier légitime de celui-ci jusqu'à concurrence des sommes qu'il a déboursées. C'est une avance ordinaire entre commerçants, dont la destination ne saurait, en ce qui le concerne, changer le caractère, dont on ne saurait, conséquemment, lui refuser la restitution.

S'il a connu la véritable origine de la dette et qu'il ne l'ait payée que sur un ordre exprès, l'action en remboursement ne saurait lui être refusée. Une dette de jeu peut être l'objet d'un payement valable. Or, ce que le perdant peut faire lui-même, il peut le faire par mandataire. Donc, celui-ci ne fait, en prêtant son ministère, que coopérer à un acte autorisé par la loi, c'est le fait d'un ami prêtant à son ami de quoi satisfaire aux conséquences d'un jeu dont il a pu connaître l'existence, mais auquel il reste étranger. On ne saurait, dès lors, lui refuser l'action en répétition. C'est ce qui avait été admis par l'ancienne jurisprudence, c'est ce que la nouvelle consacre.

Mais si le tiers, connaissant le jeu, a spontanément payé la dette, avant et sans en avoir reçu l'ordre du perdant, celui-ci sera fondé à lui en refuser le remboursement. Dans cette hypothèse, le tiers ne sera plus que le gagnant lui-même, auquel il lui a plu de se subroger, et, comme tel, il sera passible de toutes les exceptions opposables à celui-ci, notamment celle résultant de l'article 1965. Sans doute le perdant pouvait payer, mais il avait aussi la faculté de ne pas le faire, et cette faculté n'a pu lui être enlevée avant et sans qu'il eût manifesté l'intention formelle d'y renoncer.

678. — A plus forte raison devrait-on éconduire l'action en remboursement du tiers, si, mandataire du perdant, il l'avait représenté dans le jeu et exécuté le pari pour son compte. Le mandat doit, pour engendrer une action contre le mandant, reposer sur une cause licite; or, c'est ce qui ne se réalise pas dans le mandat de jouer. Vainement le mandataire exciperait-il de sa qualité, des ordres qu'il a reçus, de la faculté de payer qui lui a été expressément conférée. Conséquence naturelle du jeu lui-même, cette faculté participerait du vice entachant le mandat primitif et son exécution ne créerait aucun droit. C'est ce que la cour de cassation décida dans l'affaire de Forbin-Janson; c'est ce qu'elle vient de décider plus expressément encore dans une espèce dans laquelle la cour d'Aix avait admis l'action en remboursement du mandataire.

Un sieur Coste, commissionnaire à Marseille, avait reçu du sieur Creps, de Pertuis, l'ordre de faire diverses spéculations sur les eaux-de-vie. La dernière opération d'achat et de revente solda par une différence de 57,000 fr., que Coste prétendit avoir réglée sur l'ordre exprès qu'il en avait reçu et dont il poursuivit judiciairement le remboursement.

Devant le tribunal de commerce de Marseille, l'exception invoquée par Creps, et fondée sur l'article 1965 du Code civil, fut repoussée; mais sur l'appel, la cour admit que les opérations faites par Coste pour le compte de Creps n'étaient qu'un jeu dont l'existence ne pouvait être ignorée, surtout par Coste, qui l'avait seul exécuté. Mais séduite par l'habile défense de notre

honorable confrère, Me Perrin, la cour ordonna que Creps remboursérait les 57,000 fr. Les motifs de cette solution étaient que le payement d'une dette de jeu valable, quand il était directement opéré, pouvait valablement se faire par mandataire; que, dans l'espèce, ce payement ayant été exécuté sur l'ordre exprès de Creps, celui-ci n'était pas plus fondé à contester le remboursement, qu'il ne le serait à répéter ce qu'il aurait payé lui-même.

Cet arrêt, ayant été déféré à la cour suprême, a été cassé, le 26 février 1845, sur les motifs suivants :

« Attendu que la loi n'accorde aucune action pour le payement d'un pari; que tous les jeux ou paris sur la hausse ou sur la baisse des marchandises dont les prix sont cotés à la bourse, sont compris dans cette prohibition; que cette prohibition a pour objet de tracer une ligne de démarcation salutaire entre la loyale négociation des fruits du travail et de l'industrie, les spéculations sérieuses du commerce et les marchés fictifs, ces transactions immorales et ruineuses où sont seulement engagées les sommes représentant la différence de valeurs ou de capitaux imaginaires;

« Attendu que si l'action que la loi refuse au joueur qui gagne contre le joueur qui perd pouvait être exercée contre le joueur qui a perdu par le mandataire qui lui a servi d'intermédiaire dans le jeu ou dans le pari, que le législateur a voulu décourager; que si le mandataire était admis à se faire rembourser par le perdant, en cas de chance défavorable, le montant de ses pertes, sous le prétexte de payements qu'il prétendrait avoir effectués à la décharge et en l'acquit de son commettant, la prohibition de la loi serait éludée ou pourrait toujours l'être;

« Attendu que, pour apprécier justement les droits d'un mandataire, il ne faut perdre de vue ni la nature du mandat, ni la nature de la transaction pour laquelle le mandat est intervenu;

« Attendu que, dans l'espèce, il est constaté, par l'arrêt attaqué, que le défendeur était l'agent du demandeur, dans les opérations auxquelles celui-ci se livrait alternativement sur la hausse et la baisse des marchandises dites 3/6, et qu'il était personnellement intéressé au jeu dont il se refuse à supporter les pertes; d'où il suit que le mandat avait pour but une transaction désavouée par la loi; qu'en l'acceptant, le défendeur s'était associé, à ses risques, péril et fortune, aux chances du pari; *que le mandat spécial, en vertu duquel le payement aurait eu lieu, est entaché du même vice que le précédent, dont il n'était que la conséquence;* qu'il est, dès lors, non recevable à répéter les sommes par lui payées;

« Attendu que c'est vainement que le défendeur invoque les dispositions de l'article 1967 du Code civil, qui refuse au perdant l'action en répétition de ce qu'il a volontairement payé, puisqu'il s'agit dans l'espèce non d'une action de ce genre, mais, au contraire, d'une action dirigée contre le perdant qui n'a point payé et pour le contraindre à payer [1]. »

On le voit, la cour de cassation pose nettement le principe de la responsabilité de l'intermédiaire ayant présidé au jeu. C'est avec toute raison que la cour fait observer que le principe contraire annulerait la prohibition de l'article 1965. On comprend, en effet, que si le concours d'un tiers pouvait donner l'action que cet article refuse au joueur, ce concours se réaliserait dans toutes les espèces et deviendrait bientôt une des conditions de tous les traités de ce genre.

Ajoutons que dans bien de cas le pari ne se serait pas réalisé sans la complaisance coupable du mandataire intéressé qui a prêté son nom. Il est donc juste d'admettre qu'en se livrant au jeu pour le compte du mandant, qu'en se chargeant des opérations constituant la spéculation illicite, il fait plus que partager la culpabilité des deux joueurs, qu'il l'assume tout entière sur sa tête; qu'il doit dès lors en supporter seul les conséquences. Puisse cette doctrine effrayer les tiers et enlever au jeu cet élément qu'il puise dans leur concours, et qui en favorise tant les déplorables développements.

Concluons donc que la doctrine de la cour de cassation est non-seulement juridique, mais qu'elle est encore hautement avouée par la morale. Son exacte application, laissant à la charge du tiers les conséquences du jeu qu'il a favorisé et auquel peut être il a même excité, ne fait qu'appliquer une peine justement encourue. Celui qui voudra s'en exonérer n'aura qu'à refuser son ministère, et le martyrologe de la bourse comptera, nous en sommes certain, quelques noms de moins [2].

679. — L'article 2059 du Code civil offre plusieurs exemples de fraudes présumées, entraînant ou pouvant entraîner non-seulement la nullité de l'acte, mais encore la contrainte par corps pour le payement des restitutions et des dommages-intérêts adjugés. Nous voulons parler des actes caractérisant le stellionat.

[1] D. P., 45, 1, 101.

[2] Conforme, Troplong, sur l'art. 1965.

680. — Or, il y a stellionat : 1° lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque la chose d'autrui. Ce stellionat ne réside pas autant dans le fait lui-même que dans l'intention de son auteur. On peut, en effet, errer sur la nature de son droit ; on peut, de bonne foi, croire à une propriété qui n'existe pas. La preuve des circonstances pouvant justifier l'erreur alléguée serait de nature à affranchir le défendeur, non pas certes de la nullité de l'acte, mais de la peine de la contrainte par corps.

Cela s'induit naturellement des termes de la loi qui fait résider le stellionat dans la connaissance chez le vendeur ou l'emprunteur que la chose vendue ou hypothéquée ne leur appartient pas, *dont on sait n'être pas propriétaire*. Celui-là donc qui ne sait pas, ou qui a juste motif de ne pas savoir qu'il n'est pas propriétaire, ne commet pas un stellionat même en vendant ou hypothéquant la chose d'autrui.

La présomption légale de fraude attachée au stellionat ne permet pas toujours d'admettre la preuve contraire. Dans l'hypothèse que nous examinons, la bonne foi peut être discutée dans le sens que nous venons d'indiquer, et pour faire disparaître le stellionat ; mais la question de savoir si le défendeur a su ou non que la chose hypothéquée ou vendue ne lui appartenait pas, résolue dans le premier sens, les juges ne peuvent plus se dispenser de prononcer la contrainte par corps, et décider qu'il n'y a pas eu fraude chez le vendeur ou l'emprunteur.

681. — 2° Lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués ou qu'on déclare des hypothèques moindres que celles dont les biens sont grevés. Remarquons que dans ces hypothèses la loi n'exige plus qu'on ait agi sciemment. Le fait ici emporte avec lui-même la preuve de ce caractère. On peut, en effet, errer sur l'origine, sur la nature d'un droit, mais on ne peut jamais ignorer les hypothèques qu'on a consenties.

Il semblerait, dès lors, que la question de bonne foi ne saurait être ni proposée, ni admise; cependant le contraire a été consacré quelquefois.

Ainsi la cour de Toulouse a jugé, le 10 janvier 1829, que bien que dans une vente un individu ait déclaré libre un immeuble qui se trouvait grevé d'une hypothèque, il peut être, en raison de sa bonne foi, affranchi des peines portées contre les stellionataires, et notamment de la contrainte par corps, s'il a fourni à l'acquéreur tous les moyens de connaître l'existence de l'hypothèque, et s'il résulte des circonstances que celui-ci ne l'a pas ignorée [1].

Nous ne pouvons admettre une doctrine de cette nature, en ce qu'elle paraîtrait mettre en question la fraude légalement présumée par la loi. Aux termes de l'article 1352, la présomption légale exclut la preuve contraire. En conséquence, si la cour de Toulouse avait admis, non-seulement cette preuve contraire, mais encore l'inexistence de la fraude, elle eût violé cet article 1352 et méconnu le caractère de l'article 2059.

Mais, en se référant à l'arrêt, il est facile de se convaincre que la cour n'a fait réellement ni l'un ni l'autre, et que si elle n'a pas appliqué la peine du stellionat, c'est que les circonstances ne lui ont pas paru constituer un stellionat quelconque. Ainsi elle constate d'abord que la clause dont on voulait faire ressortir le stellionat devait être considérée plutôt comme une clause de style que comme une déclaration formelle d'absence de toute hypothèque ; elle relève ensuite cette circonstance que le titre constitutif de l'hypothèque avait été remis à l'acquéreur, et que celui-ci pouvait d'autant moins ignorer l'existence de la dette qu'il aurait été, avant la vente, chargé, en sa qualité de notaire, de solder au créancier les intérêts de ce qui lui était dû.

En réalité donc, l'arrêt est loin de dénier au stellionat ses conséquences légales, et surtout de l'excuser ; mais usant du pouvoir d'interpréter que lui confère la loi, la cour arrive à conclure qu'il n'y a pas stellionat. L'arrêt est donc un arrêt d'espèce et non un arrêt de doctrine dont on puisse inférer une contradiction avec l'article 2059 du Code civil. Il ne faut pas sans doute tromper l'acquéreur ou le prêteur, mais il ne faut pas non plus que la liberté du vendeur ou de l'acquéreur soit compromise, parce qu'il a plu au notaire d'obéir à un protocole qui lui est habituel, sans que le prétendu auteur de la déclaration ait pu apprécier l'importance et les suites de ce qu'on lui fait ainsi dire. Il ne faut pas surtout que la mauvaise foi de l'acquéreur, ayant été à même de tout savoir, puisse trouver dans la loi le moyen d'abuser d'une erreur n'ayant jamais existé.

682. — L'article 2059 exige, pour qu'il y ait stellionat, que le vendeur ou l'emprunteur ait déclaré les biens libres ou des hypothèques moindres que celles dont l'immeuble est grevé. De là il résulte que si l'acte ne renferme aucune déclaration, il ne saurait exister de stellionat.

[1] D. P., 29, 2, 144.

Vainement exciperait on, après l'acte, de l'existence de nombreuses hypothèques. Le vendeur ou l'emprunteur a pu les taire sans encourir aucune responsabilité. La loi, en effet, ne lui a pas ordonné de les faire connaître; tout ce qu'elle exige de lui, c'est de se conformer à l'exacte vérité dans le cas où il serait appelé à faire, dans l'acte, une déclaration à cet égard.

683. — Il n'en est pas de même pour les maris et les tuteurs. L'article 2136 du Code civil veut qu'ils soient traités comme stellionataires lorsque, ayant manqué de requérir l'inscription de l'hypothèque légale afférente aux mineurs ou à la femme, ils ont consenti ou laissé prendre des priviléges ou hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles étaient affectés à ces hypothèques légales.

Ici l'obligation de déclarer existe. Elle est absolue et ne peut comporter aucun équipollent. Cette doctrine, enseignée par Persil, Dalloz, Troplong, a été, à diverses reprises, consacrée par la jurisprudence [1]. L'omission est donc assimilée à la fausse déclaration et en entraîne toutes les conséquences.

684. — Les mêmes auteurs, Troplong notamment, enseignent que la question de bonne foi doit cependant être examinée, et peut être prise en considération. Mais, et c'est là l'observation de Troplong, il n'y aura bonne foi que lorsque le mari a pu croire l'immeuble libre, et cette croyance ne pourra se présenter comme admissible que dans des cas fort rares.

Telle est l'espèce jugée, le 21 février 1827, par la cour de cassation. Cet arrêt décide que bien que le vendeur d'un immeuble grevé d'hypothèque légale ait déclaré que cet immeuble était franc et quitte, il peut être affranchi des peines du stellionat, s'il résulte des circonstances qui ont accompagné la vente, qu'il a été de bonne foi dans sa déclaration, comme si, par exemple, la femme mineure du vendeur, du chef de laquelle provenait l'hypothèque, a, lors de la vente, renoncé à son hypothèque, renonciation déclarée nulle, à cause de son état de minorité, lequel d'ailleurs a dû être connu de l'acquéreur [2].

De son côté, la cour de Bordeaux a jugé, le 9 juillet 1830, qu'un mari qui vend un fonds comme libre d'hypothèque, peut, soit à raison de sa qualité de villageois, soit en raison de ce que sa femme était présente à l'acte, être, malgré le principe que nul n'est censé ignorer la loi, déclaré n'avoir point su que le fonds vendu était grevé de l'hypothèque légale de sa femme, et, par suite, être affranchi des peines du stellionat [3].

685. — Ainsi, la seule excuse constituant en cette matière la bonne foi du mari, est l'ignorance de l'existence de l'hypothèque légale de la femme ou la fausse croyance qu'elle a cessé d'exister. Il importe de retenir cette observation, car elle peut seule expliquer la contradiction qu'on pourrait reprocher à la jurisprudence. En effet, la cour de cassation a jugé le 20 novembre 1826, après un délibéré en la chambre du conseil, que par cela seul que le mari vendant l'immeuble grevé de l'hypothèque légale non inscrite de la femme, le déclare franc de toute hypothèque, il doit être réputé stellionataire, et, comme tel, contraignable par corps, sans qu'il puisse être affranchi de cette contrainte sous le prétexte qu'il a été de bonne foi dans sa déclaration [4]. Il est vrai que, dans cette espèce, la cour de Toulouse, dont l'arrêt est cassé, avait invoqué la possibilité en fait que le vendeur eût ignoré, la dot ayant été reçue par son père, que sa femme eût hypothèque sur ses propres biens. Mais, indépendamment de ce que l'arrêt ne constatait pas en fait cette ignorance, il invoquait d'autres circonstances et notamment la connaissance que l'acheteur avait de la qualité d'homme marié du vendeur, et faisait résulter de là la bonne foi de celui-ci.

Il y a donc, entre cet arrêt et ceux précédemment cités, cette nuance que les premiers constatent l'ignorance ou la fausse croyance dont nous parlions, tandis que le dernier admet la bonne foi ordinaire puisée dans d'autres éléments. Il n'y a donc pas entre eux l'antinomie qu'on pourrait être tenté de leur reprocher. Tout s'explique par cette observation déjà faite, que la seule bonne foi excluant le stellionat est constituée par l'erreur sur l'existence ou la continuation du droit. Erreur qu'il ne suffit pas d'alléguer, mais qui doit être admise par le juge.

686. — Ainsi, pour tout le monde, il y a stellionat dès qu'on a présenté comme libres des biens qui ne l'étaient pas ou qu'on a dissimulé l'existence de quelques-unes des hypothèques dont ils sont grevés. Il existe de plus pour les tuteurs et les maris par l'omission de la déclaration de l'hypothèque légale. Mais le stellionat, dans le premier cas, n'est punissable que lors-

[1] Voy. Limoges, 18 avril 1828; D. P., 29, 2, 93.
[2] D. P., 27, 1, 145.
[3] D. P., 30, 2, 273.
[4] D. P., 27, 1, 58.

que le mensonge ou l'inexactitude est le fait personnel et direct de celui à qui on le reproche. Nul ne peut indirectement engager sa liberté, quel que soit d'ailleurs le concours donné à l'acte. Dès lors, la caution ne saurait être tenue des conséquences du stellionat commis par le débiteur principal.

Par suite de ce principe, la femme commune qui s'est engagée solidairement avec son mari, n'étant censée qu'une caution, ne peut être garante du stellionat que l'acte renferme; c'est au reste ce que décide formellement l'article 2066 du Code civil.

687. — Le stellionat n'est punissable qu'autant qu'il occasionne un préjudice. Ainsi, si les hypothèques non déclarées ont été plus tard éteintes ou radiées, rien ne s'opposant à ce que les promesses de l'acte soient fidèlement remplies, la poursuite en stellionat serait sans utilité et conséquemment irrecevable. Mais il en serait autrement dans les cas où la radiation des hypothèques non déclarées serait faite après l'ouverture de l'action en stellionat ou après la vente de l'immeuble hypothéqué, et lorsque le créancier aurait perdu le droit d'enchérir ou de surenchérir. Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, l'action en stellionat suivrait son cours et produirait tous ses effets [1].

688. — L'aliénation de la chose d'autrui étant radicalement nulle, l'acquéreur peut, même avant d'être troublé, poursuivre le vendeur et le faire condamner comme stellionataire. La demande, à cet effet, ne saurait être arrêtée par la ratification du véritable propriétaire qu'autant que l'acquéreur voudrait l'accepter. Dans le cas contraire, l'existence certaine du stellionat l'autoriserait à faire annuler la vente et ordonner la restitution de ce qu'il a payé par la voie de la contrainte par corps.

Nous verrons plus bas que la vente de la chose commune est assimilée à la vente de la chose d'autrui. Le communiste, qui l'a consentie en son seul nom, a donc commis un stellionat. S'il ne s'agit que d'une hypothèque, et que, par le résultat du partage, la chose affectée tombe dans le lot du constituant, l'hypothèque devient valable sans que celui-ci puisse être plus tard poursuivi comme stellionataire.

689. — La peine du stellionat est, indépendamment de la contrainte par corps, la nullité de l'acte, s'il s'agit d'une vente; la déchéance du terme, s'il s'agit d'une obligation. De plus, la loi prive le stellionataire de la faculté d'être admis à la cession des biens; elle l'exclut, lorsqu'il est commerçant, du bénéfice de l'excusabilité; en cas de faillite, elle ne lui permet pas même la réhabilitation.

690. — Le livre III du titre VI du Code civil renferme plusieurs hypothèses pour lesquelles la loi a admis la présomption de fraude. C'est d'abord l'article 1595 prohibant la vente entre époux, sauf les exceptions indiquées.

Les motifs de cette prohibition sont clairement indiqués par les débats au corps législatif. Sans cette prohibition, disait-on, rien n'eût été plus facile que d'éluder la restriction mise par la loi au droit qu'ont les époux de s'avantager au delà de certaines limites; de rendre irrévocables des dons que la loi soumet à une condition perpétuelle de révocabilité. D'ailleurs le mari, maître et administrateur de la communauté, chargé d'assister et d'autoriser sa femme, ne pouvait concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur [2].

Le législateur a donc posé comme présomption légale, excluant la preuve contraire, qu'entre personnes si intimement unies, dominées par des influences mutuelles, la vente masque une donation ou une fraude contre les tiers.

691. — Les inconvénients du système contraire avaient été depuis longtemps appréciés. En effet, on sait que le droit romain n'admettait pas la présomption de simulation. La vente entre époux était valable en tant qu'elle n'était pas prouvée renfermer un avantage indirect, et, dans ce cas, on se contentait de condamner la femme à tenir compte de ce dont elle avait été gratifiée seulement : *quatenus facta est locupletior* [3]. Bien plus, les jurisconsultes romains conseillaient de ne pas traiter trop sévèrement de pareils actes : *Et sane non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes* [4].

Les difficultés que soulevait l'application avaient éclairé notre législateur. Le droit coutumier français avait répudié les errements du droit romain et admis la présomption de simulation. La vente entre époux n'était considérée que comme un avantage indirect et frappée conséquemment de nullité. C'est ce qu'enseignent les coutumes de Normandie, de Nivernais; c'est, au témoignage de Pothier, ce qui était

[1] Cass., 13 avril 1836; D. P., 36, 1, 240.
[2] Portalis, *Exposé des motifs.*
[3] L. 5, Dig., § 5, *de donat. inter vir. et uxor.*
[4] L. 28, Dig., § 2, *de donat. inter vir. et uxor.*

admis par les coutumes qui ne s'en étaient pas formellement expliquées; c'est enfin ce que nous apprend Dumoulin, sur l'article 256 de la coutume de Paris, et ce qu'il résume dans cette proposition : *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt* (les époux), *nisi ex necessitate*. Aussi, ajoute-t-il, consulté sur la question de savoir : *An possit maritus justo pretio vendere uxori, quod domus propria viri erit communis? Respondi : Non.*

692. — Cette doctrine est devenue celle du Code. Aujourd'hui, la règle générale est l'incapacité réciproque des époux pour les ventes mutuellement consenties, et cette incapacité prend sa source dans la présomption que ces ventes ne sont qu'un moyen d'éluder la loi ou de frauder les tiers. Mais cette règle reçoit exception, et cela devait être. En effet, le but du législateur a été de proscrire toutes les ruses qu'un mari adroit et cupide serait tenté d'employer pour spolier sa femme; d'empêcher que celle-ci abuse de l'affection qu'elle a su faire naître et entretenir pour se faire avantager outre mesure; d'assurer enfin la sincérité des transactions entre époux. Or, lorsque par sa nature l'acte n'offre plus qu'une opération légitime, naturelle et ne permet pas même le soupçon, il eût été irrationnel et injuste de fermer les yeux à l'évidence et, sacrifiant la vérité à la fiction, de prononcer une nullité sans utilité et sans but réel.

693. — Tel est évidemment le caractère des exceptions consacrées par l'article 1595. La première se réalise lorsque, après la séparation, l'un des époux cède des biens à l'autre en payement de ses droits; la seconde, lorsque la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou ces deniers ne tombent pas en communauté. La troisième exception est relative à la cession faite par la femme au mari, en payement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, lorsque les époux ont exclu la communauté.

694. — Dans le premier cas, la femme doit recevoir sa dot et le montant de ses reprises. Le mari, obligé à ce payement, devant dans tous les cas le réaliser, il importe fort peu qu'il vende ses immeubles à un tiers pour en compter le prix à sa femme, ou qu'il vende directement à celle-ci. Ce dernier parti est même plus convenable et plus utile. Ce n'est pas, à proprement parler, une vente, c'est une dation en payement, que la loi n'avait aucun motif de proscrire.

D'autre part la liquidation, et la reprise par la femme de son immeuble dotal, peut constituer le mari créancier pour réparations et améliorations à l'immeuble. Quel inconvénient y avait-il à autoriser la femme à payer ce qu'elle doit par la désemparation d'immeubles d'égale valeur?

Sans doute, dans l'une et l'autre hypothèse, l'acte peut renfermer un avantage illicite, en ce sens que, dans la première, l'immeuble donné par le mari le sera à un prix fort au-dessous de sa valeur; que, dans la seconde, l'immeuble de la femme sera évalué à un prix exagéré, ou *vice versa*. Mais la loi a pourvu à cette fraude, en réservant aux héritiers réservataires et aux créanciers le droit de faire restituer à l'immeuble sa véritable valeur.

695. — La seconde exception emporte aussi plutôt la dation en payement qu'une vente. Le mari est débiteur envers sa femme du prix de ses propres aliénés ainsi que des deniers qui lui sont échus pendant le mariage, et cela est surtout vrai lorsque les époux sont sous un régime exclusif de la communauté; il a donc intérêt à opérer le remploi du prix et, pouvant acheter des immeubles, il doit pouvoir acheter de lui-même en vendant à sa femme ceux qui lui appartiennent. Il en est de même pour les deniers perçus par lui; comme il sera toujours obligé de les restituer, il peut devancer cette obligation et l'exécuter par la cession de ses immeubles. Il ne change rien ni à sa position, ni à celle de sa femme; il ne fait qu'éteindre sa dette; la vente a donc une cause légitime.

L'exemple cité par l'article 1595 est démonstratif et non limitatif. Toutes les fois qu'il y aura cause légitime, la vente entre époux pourra être maintenue. La légitimité de la cause est abandonnée à l'appréciation du juge. Mais il faut remarquer que le Code ne parle, dans cette seconde exception, que des ventes faites par le mari à la femme; faut-il en conclure que celle que la femme consentirait au mari, se plaçant en dehors des termes précis de l'article, devrait être annulée, quelque légitime qu'en fût la cause?

C'est ce qu'enseigne Troplong [1], en décidant négativement la question de savoir si la femme pourrait vendre ses immeubles à son mari pour le rembourser du payement de ses dettes antérieures au mariage. La cause de cette vente, dit cet éminent magistrat, est certes aussi légitime que dans aucune autre espèce. Mais la loi n'éta-

[1] Sur l'article 1595.

blissant pas la réciprocité, on ne saurait, sans la violer, maintenir le contrat. Mais, ainsi que l'observe Duvergier, la discussion au conseil d'État ne permet pas d'admettre que tel ait été l'esprit de la loi. Il est vrai que, sur l'observation de Regnault de Saint-Jean d'Angely, il avait été convenu que l'article 1595 s'expliquerait sur la réciprocité des ventes entre époux, ce que la rédaction définitive n'a pas fait. Cette omission, en présence de l'adoption certaine de la proposition de Regnault, adoption dont rien ne prouve la rétractation ultérieure, peut s'expliquer ou par une négligence ou par la pensée que, l'ensemble de l'article remplissant implicitement le but qu'on voulait atteindre, il n'était pas nécessaire de l'exprimer explicitement. Ce qui est certain, c'est que la loi n'a voulu que défendre la fraude, qu'empêcher la violation de la prohibition faite aux époux de s'avantager au delà de certaines limites; or payer une dette certaine, c'est ne faire ni l'un ni l'autre. Cela, admis du mari à la femme, doit être nécessairement vrai de la femme au mari: *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

696. — Enfin le troisième cas excepté de la prohibition est la vente d'un immeuble en payement de la dot mobilière que la femme est dans l'impossibilité de réaliser. Cette substitution ne renferme aucun avantage pour le mari; si l'immeuble est accepté pour sa juste valeur, elle n'est que l'accomplissement d'une obligation légitimement contractée. Toutefois, cela n'est incontestable que sous l'empire d'un régime exclusif de communauté; dans le cas contraire, remplacer une somme peut-être irrecouvrable, entrée en communauté, par un immeuble qui n'y entre pas de droit, serait consentir un avantage et non une vente.

697. — En résumé, la vente entre époux est présumée frauduleuse. Telle est la règle, mais cette règle reçoit exception, lorsqu'il apparaît d'une cause légitime; cette cause légitime existe de plein droit dans les trois cas spécifiés dans l'article 1595, sauf le droit des héritiers à réserve et celui des tiers sur la simulation du prix fixé dans l'acte; dans tous les autres cas où l'existence d'une cause légitime serait alléguée, la loi s'en réfère à la prudence des tribunaux qu'elle en constitue les arbitres souverains.

698. — Mais, pour pouvoir utilement se placer dans l'exception prévue, il ne suffit pas de motiver la vente sur un des faits qui constituent cette exception, il faut en outre que la position des parties explique et justifie la vente. Ainsi il a été jugé que la créance que la femme dotale a sur son mari pour sa dot n'est pas, tant qu'elle n'a pas été rendue exigible par la séparation de biens, une cause légitime dans le sens de l'article 1595 du Code civil, autorisant la cession des biens du mari; c'est là une reprise dans le sens du numéro premier de cet article, et l'on objecte en vain qu'il suffit, aux termes du numéro deux, que la créance ne tombe pas en communauté [1];

Que sous le régime dotal, les reprises de la femme ne pouvant être exigées qu'après la dissolution du mariage et le mari n'étant pas soumis, sauf clauses contraires, à faire emploi jusqu'à cette époque, l'existence de ces reprises n'est point une cause légitime donnant droit au mari de vendre à la femme un de ses immeubles [2];

Enfin que la vente d'un immeuble faite par le mari au profit de sa femme, à titre de remploi de diverses aliénations, est nulle, nonobstant l'énonciation de remploi, s'il résulte de circonstances graves que cette vente a été faite dans le but de soustraire l'immeuble à l'action des créanciers du mari [3].

Il en serait de même si la créance paraphernale, pour le payement de laquelle il y a eu vente entre époux, était déclarée avoir une trop faible importance, en proportion des biens cédés [4].

699. — Quel est le sort de la vente entre époux, tombant sous le coup de la prohibition de l'article 1595? Par rapport aux tiers intéressés, la question ne saurait être douteuse, la nullité est absolue. Les choses rentrent dans la possession du précédent propriétaire et restent affectées aux droits et aux exécutions que chacun d'eux peut prétendre ou exercer.

700. — Par rapport aux héritiers réservataires, la vente n'est pas nulle, en ce sens, qu'elle ne doive produire aucun effet. Considérée comme un avantage indirect, elle doit se réduire jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Cette opinion, enseignée par Toullier [5], nous paraît incontestable. L'un des motifs du législateur, en proscrivant la vente entre époux, a été d'empêcher la disposition d'outre-passer les bornes tracées aux avantages qu'ils peuvent réciproquement se conférer. Donc, renfermer dans tous les cas cette disposition dans les limites de la

[1] Cass., 12 juin 1839; D. P., 40, 1, 15.
[2] Grenoble, 10 juillet 1841; D. P., 42, 2, 45.
[3] Bordeaux, 15 janvier 1839; D. P., 39, 2, 152.
[4] Cass., 24 juin 1839; D. P., 40, 1, 15.
[5] T. XII, p. 64.

quotité disponible, c'est lui affecter un caractère légal. Comment empêcherait-on de faire indirectement ce qu'il est permis de faire d'une manière directe?

701. — Il n'est certes pas défendu à la femme d'acheter soit des immeubles, soit des meubles pendant la durée du mariage. Mais ces achats peuvent masquer une fraude, soit contre les créanciers, soit contre les héritiers à réserve, lorsque le payement du prix, censé fait par la femme, l'a été réellement par le mari et de ses propres deniers. La facilité d'exécuter cette fraude a, de tout temps, éveillé la sollicitude du législateur. De là, la présomption que ce qui est acheté par la femme l'a été des deniers du mari. Mais cette présomption n'est pas exclusive de la preuve contraire; elle oblige seulement la femme à justifier des ressources qu'elle a employées: *Unde habuerit* [1].

702. — L'article 1596 prohibe la faculté de devenir adjudicataire:

Au tuteur, des biens de ceux dont il a la tutelle;

Aux mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre;

Aux administrateurs, des biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins;

Aux officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

Les adjudications rapportées au mépris de cette disposition sont considérées comme frauduleuses et annulées de plein droit, sans qu'on puisse avoir égard à la bonne foi alléguée.

Les raisons de sûreté et d'honnêteté publiques qui motivent cette disposition sont, dit Portalis [2], trop évidentes pour qu'il soit nécessaire de les développer. Chacun sent, en effet, que l'autorisation de devenir adjudicataire amènerait bientôt les personnes désignées à mettre, pour écarter toute concurrence, le soin que le législateur exige de leur part pour la multiplier. C'est aussi ce qu'avaient pensé les législations précédentes que le Code n'a fait que copier.

703. — En règle générale, les incapacités sont de droit étroit sans qu'on puisse les étendre. De là, quelques auteurs, et notamment Duranton [3], ont conclu que l'article 1596 du Code civil ne concernait pas le subrogé tuteur. Nous admettrons cette solution lorsque, par la nature de la vente, le subrogé tuteur y demeure étranger, n'ayant aucune mission de la surveiller, comme, par exemple, en cas d'aliénation par suite d'expropriation. Au contraire, si la vente est volontaire, le subrogé tuteur doit, aux termes de l'article 459 du Code civil, être présent dans l'instance, et cette présence n'a d'autre but que de surveiller et de protéger les intérêts du mineur. Or, cette mission est inconciliable avec la faculté de se rendre adjudicataire, puisque, dans ce cas, l'intérêt du subrogé tuteur serait opposé à celui du mineur. Il ne faut donc pas que dans cette position ce dernier intérêt puisse être sacrifié. Nous dirons du subrogé tuteur, dans cette circonstance, ce que Portalis disait tout à l'heure du mari: il ne peut concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur. D'ailleurs, chargé de partager les devoirs du tuteur, il doit subir les prohibitions faites à ce dernier. La même distinction doit régir le curateur du mineur non émancipé et le conseil judiciaire donné à un prodigue [4].

704. — L'article 711 du Code de procédure civile complète la série des incapacités en partie établies par l'article 1596. Les membres du tribunal devant lequel la vente se poursuit pourraient abuser de l'influence s'attachant à leur qualité pour écarter les enchérisseurs. La connaissance qu'un d'eux se présente comme acquéreur suffirait seule, et indépendamment de toute démarche personnelle, pour déterminer ce résultat. La loi a donc sagement et prudemment agi en ne leur permettant pas de se mettre sur les rangs des acquéreurs.

705. — La nullité de l'adjudication faite en faveur d'un incapable peut être poursuivie par tous les ayants droit. Il n'y a à cette règle générale qu'une exception, à savoir: l'incapable lui-même. Autoriser celui-ci à se soustraire aux charges résultant de l'adjudication, c'était lui permettre de se prévaloir de sa propre turpitude. La loi ne doit aucune protection à celui qui ne s'est mis dans le cas de l'implorer qu'en la violant ouvertement.

706. — Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent, aux termes de l'article 1597, devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions.

Un juge, disait Portalis, dans l'*Exposé des motifs*, est établi pour terminer les contesta-

[1] L. 51, Dig., *de donat. inter vir. et uxor.*

[2] *Exposé des motifs*, corps législatif, 27 février 1804.

[3] T. XVI, no 134.

[4] Troplong, art. 1596, no 187.

tions des parties et non pour en trafiquer. Il ne peut et ne doit intervenir entre les citoyens que comme ministre des lois et non comme l'agent des intérêts, de la haine et des passions de l'homme. S'il descend honteusement de son tribunal, s'il abandonne le sacerdoce auguste qu'il exerce pour échanger sa qualité d'officier de justice contre celle d'acheteur d'action, il avilit le caractère honorable dont il est revêtu, il menace, par le scandale de ses procédés hostiles, les familles qu'il ne doit que rassurer par ses lumières et ses vertus. Il cesse d'être magistrat, il n'est plus qu'oppresseur.

Il serait à craindre, ajoutait l'orateur du tribunat, que les différentes personnes énumérées dans l'article n'inquiétassent les plaideurs par leur influence ou tous autres moyens, et qu'armés de leur titre d'acquisition, elles ne les forçassent à faire en leur faveur des sacrifices considérables pour se débarrasser d'adversaires dangereux.

La loi a donc suivi, en cette circonstance, la voie que nous avons déjà signalée en traitant du dol présumé. Plus la fraude est prochaine et facile, plus elle redouble de précautions et plus elle en suppose aisément l'existence. Or, on pouvait prévoir, sans trop de témérité, que les personnes dont parle l'article 1597, voulant se faire céder des droits litigieux, feraient nécessairement valoir leur position, leur influence, sauraient adroitement semer des craintes sur le résultat. Consacrer de pareilles manœuvres, c'était encourager une fraude d'autant plus dangereuse, que celui qui en est l'objet a moins de moyens de s'y soustraire. C'est pour obvier à cet inconvénient que la loi a consacré la prohibition absolue que nous trouvons dans l'article 1597.

707. — Cet article place sur la même ligne les procès et les droits et actions litigieux. Cette locution ne serait qu'un pléonasme s'il fallait, dans l'occurrence, appliquer l'article 1700 du Code civil, suivant lequel on doit considérer comme litigieux le droit sur lequel il y a procès ou contestation. Cette considération a amené la doctrine à conclure que l'article 1597 n'exige pas que le procès soit commencé. Il y a droit douteux, et partant incessible, toutes les fois que le droit à céder est non reconnu, incertain, sujet à contestation et de nature à appeler les parties devant les tribunaux [1].

708. — Il en est de la nullité résultant de l'article 1597, comme de celle prononcée par l'article 1596. Le cessionnaire seul est non recevable à s'en prévaloir. Le cédant le peut, quoi qu'en dise Duranton, car la loi présumant la fraude le suppose trompé, admet qu'il a cédé devant une influence irrésistible ou obéi à des conseils intéressés et pernicieux. On se placerait donc en contradiction flagrante avec l'esprit de la loi, si, punissant le cédant de la fraude dont il est victime, on prétendait l'empêcher d'en poursuivre la réparation sous prétexte d'une complicité dans la violation de la loi [2].

La partie engagée dans le litige peut avoir un grand intérêt à se trouver en face de son véritable compétiteur. Elle se débarrasse d'abord d'un adversaire redoutable par sa position de fortune et son influence; elle se ménage, dans tous les cas, les moyens d'obtenir de l'intéressé direct des déclarations et des aveux dont elle pourra se prévaloir dans l'instance. A ce double titre, son droit de demander la nullité de la cession est incontestable.

709. — Dans chacune des hypothèses des articles que nous venons d'examiner, la nullité des ventes, adjudications ou cessions ne serait pas éludée par les précautions prises pour masquer la violation de la loi, et notamment par l'interposition d'un prétendu acquéreur, adjudicataire ou cessionnaire. Cette interposition peut être prouvée dans tous les cas. Serait-elle de plein droit admise pour les personnes indiquées par l'article 911 du Code civil?

L'identité de solution semble devoir être la conséquence de l'identité des motifs. Il s'agit dans nos trois articles, comme dans l'article 911, d'incapables ayant intérêt à masquer la fraude par une simulation offrant quelques chances de réussite. Or la loi, qui tient à réprimer celles-ci, n'attache pas un moindre prix à la répression de celles-là; pourquoi donc prendrait-elle des moyens différents en présence de circonstances identiques?

Cependant l'application absolue de l'article 911 conduirait dans l'espèce à des résultats absurdes. Il faut donc adopter comme règle certaine que l'interposition de personne viciant l'acte dont la nullité est réclamée, ce moyen peut toujours être allégué et prouvé; que son existence légalement acquise, lorsque l'avantage conféré à l'incapable doit lui arriver sous le couvert de ses père, mère, enfants ou descendants, ou de son conjoint, peut être détruite dans l'espèce par la preuve contraire [3].

[1] Duranton, t. XVI, n° 145; Troplong, art. 1597, n° 200.

[2] Voy. Troplong, *ibid*, n° 194.

[3] Voy. *infrà*, t. II, chap. III, sect. IV, § 4.

710. — Le Code de commerce a suivi, quant à la fraude, les errements du Code civil; à son tour, il en présume l'existence, dans les cas où la facilité pour la commettre la rend imminente et prochaine.

Tel est le caractère de la prohibition que les articles 85 et 86 renferment contre les agents de change et courtiers, de faire le commerce pour leur propre compte ou de s'immiscer dans les opérations dont ils sont les intermédiaires légaux. Ce caractère ressort des motifs sur lesquels reposent ces deux dispositions.

« Il ne peut y avoir sûreté pour le commerçant, si l'intermédiaire ne conserve pas un caractère de neutralité absolue entre les contractants qui l'emploient. Dès que son intérêt peut être attaché directement ou indirectement à la négociation à laquelle il s'entremet, il trompe nécessairement une des parties et peut-être toutes deux. Un agent intermédiaire, qui fait pour son compte des opérations de commerce, viole tous les principes qui constituent sa profession, il trahit à la fois la confiance publique et la confiance du commerce, ce n'est le plus souvent qu'un rival trompeur qui usurpe des droits illégitimes en prenant un caractère qui ne lui appartient pas; qu'un concurrent d'autant plus dangereux qu'il opère connaissant parfaitement les intentions de ses commettants, trompés par son titre officiel. »

711. — Il y a donc, dans le fait du courtier ou de l'agent de change violant les prohibitions de la loi, un véritable abus de confiance. C'est plus qu'une fraude, c'est un délit que l'article 87 du Code de commerce punit de la destitution et d'une amende, dont le maximum est fixé à 3,000 francs. L'existence du fait est à tel point constitutive du délit, que les tribunaux ne peuvent apprécier la question intentionnelle, et moins encore refuser de prononcer la peine, sous prétexte de bonne foi. Mais le fait d'immixtion rentre dans leur examen, en ce sens que l'acte reproché peut être déclaré ne pas constituer le délit caractérisé par la loi, comme s'il s'agissait de quelques opérations isolées, accidentelles, expliquées par des motifs légitimes [1].

712. — Les articles 85 et 86 ne prononcent pas la nullité des opérations faites au mépris de leur disposition. Cette pénalité ne pouvait être édictée sans s'exposer à apporter un grand trouble dans les opérations commerciales, sans affecter des droits légitimement acquis par des tiers. En commerce, en effet, on n'achète guère que pour revendre, on ne prend des valeurs que pour les transmettre soit à titre de négociation, soit à titre de payement. La nullité de l'opération première eût donc amené une cascade de nullités et une véritable perturbation dans la marche naturelle du commerce. On devait donc se taire sur la nullité, laissant, à chaque espèce particulière, à amener la décision juridique qu'elle comportera.

Quelle est la conséquence de ce silence? Faut-il l'interpréter dans le sens de la validité absolue de l'opération? L'affirmative n'est pas douteuse quant au courtier ou à l'agent de change lui-même. Il ne pourrait en effet tenter de se soustraire à ses engagements qu'en excipant de son propre délit, ce qui doit lui être interdit de la manière la plus absolue [2].

713. — La cour de cassation a jugé, le 15 mars 1810, que celui qui a traité avec un courtier ne peut, excipant de l'article 85, se refuser de faire face à ses engagements. La doctrine a inféré de cet arrêt que la nullité ne pouvait, dans aucun cas, être prononcée; nous ne pouvons partager cette opinion, en tant qu'elle tend à empêcher la nullité d'être prononcée dans tous les cas et d'une manière absolue.

Nous distinguerons d'abord entre une négociation d'effets commerciaux et une vente de marchandises. Si l'agent de change, réalisant la première, a reçu les valeurs et compté les espèces, il n'y a plus moyen de prononcer la nullité. Le souscripteur des effets ou l'endosseur qui les a transmis à l'agent de change ne saurait prétendre qu'on doit les lui restituer sans qu'il soit tenu de rembourser lui-même l'argent qu'il a reçu en échange. Tout ce qu'il peut prétendre, c'est la réparation du préjudice que la déloyauté de l'agent de change lui a occasionné : or cette réparation n'exige pas la nullité de l'opération, elle se réalise par une allocation de dommages-intérêts.

Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, le demandeur en nullité était le souscripteur des effets que l'agent de change, à qui ils avaient été cédés par le porteur, poursuivait en payement. Or il est évident que la nullité n'était pas même sérieusement opposable. En effet, débiteur certain des sommes réclamées, le souscripteur ne pouvait se soustraire au payement, parce que son créancier direct avait traité avec un agent de change. Tout ce qu'il pouvait soutenir, c'est que la négociation illicite n'avait pu transférer la propriété; que, conséquemment, l'agent de

[1] Pardessus, t. I, no 76.

[2] Bordeaux, 23 nov. 1828.

change ne devait pas être considéré comme tiers porteur sérieux et de bonne foi, et que toutes les objections opposables à son cédant pouvaient lui être opposées. Mais prétendre ne pas payer, parce qu'il avait plu au porteur de traiter avec un agent de change, c'était poursuivre un but irrationnel autant qu'inique; le proscrire était donc un devoir pour les tribunaux.

A plus forte raison devrait-on le décider ainsi toutes les fois qu'après avoir pris personnellement des valeurs, l'agent de change les a endossées à des tiers qui en demandent payement. Cette demande ne comporterait aucune exception de la nature de celle que nous examinons, à moins qu'on ne prouvât que le porteur n'est qu'un prête-nom, et, dans ce cas, nous venons de le dire, tout ce que pourrait exiger le souscripteur ce serait la réparation du préjudice qu'il éprouve.

On doit appliquer la même règle à l'achat de marchandises. Si le vendeur a livré, il ne serait pas recevable à redemander la marchandise, si elle est encore entre les mains du courtier ayant traité pour son compte. A plus forte raison, si le courtier l'avait revendue à des tiers. Ce que la loi autorise dans ce cas, c'est l'action en indemnité si un préjudice quelconque a été souffert.

Mais, s'il ne s'agit que d'une promesse de négociation ou d'une vente à terme, nous croyons que l'agent de change ou le courtier ne serait pas recevable à demander l'exécution de la promesse et la livraison effective soit des billets, soit des marchandises. Le traité sur lequel cette demande s'appuierait étant un délit, l'obligation aurait une cause illicite ne créant aucun droit et conséquemment aucune action. D'ailleurs, pourquoi forcerait-on l'exécution, lorsqu'on reconnaît que cette exécution engage l'agent de change ou le courtier à réparer le dommage? N'est-il pas naturel de prévenir plutôt que de réparer, et, puisque les choses sont en l'état, de ramener les parties au respect de la loi que l'une d'elles a complétement oublié.

Nous croyons cette doctrine juridique. Ce qui le prouve, c'est qu'il est admis en principe que les courtiers sont sans qualité pour exercer en leur propre nom les actions en payement ou en livraison des marchandises vendues par leur entremise [1]. Pourraient-ils donc faire pour leur propre compte ce qu'il leur est interdit de faire pour le compte d'autrui? La réponse ne saurait être douteuse, avec d'autant plus de raison que l'esprit de l'arrêt que nous rappelons amène à cette conséquence qu'on ne prohibe l'action pour compte du tiers que parce que le courtier y trouverait le moyen d'éluder la prohibition, et qu'on a craint qu'il figurât réellement lui-même sous le manteau de celui dont il a emprunté le nom.

Ainsi l'opération faite contrairement aux prescriptions de la loi, et qui n'a pas reçu immédiatement son entière exécution, peut être annulée. Mais l'agent ou le courtier contrevenant ne peut, dans aucun cas, demander cette nullité. Pour lui, il n'y a pas de distinction à faire, il est, dans tous les cas, obligé d'exécuter ses engagements.

714. — Il suit de ce qui précède que la nullité étant opposable à l'agent de change ou au courtier, on pourrait également l'opposer au tiers poursuivant pour contraindre soit à accepter, soit à effectuer la livraison, si ce tiers n'était que le prête-nom de l'un ou de l'autre. Mais cette simulation n'est jamais présumée. C'est à celui qui l'allègue à en fournir la preuve. A défaut de cette preuve, le tiers est considéré comme de bonne foi et conséquemment maintenu dans le bénéfice de l'opération [2].

715. — Quelle est la véritable portée de la défense faite par l'article 86 aux agents de change ou courtiers, de garantir l'exécution des marchés faits par leur entremise? Le courtier de commerce qui, moyennant un ducroire, garantit la solvabilité de l'acheteur qu'il propose, contrevient-il à cette prohibition?

Cette question, que le texte de la loi semble résoudre par l'affirmative, doit surtout être examinée au point de vue de l'esprit du législateur, et cet examen doit déterminer la solution contraire.

Ce que la loi a voulu, c'est prohiber au courtier toute opération commerciale pour son propre compte. A cet égard, les paroles de Portalis, déjà rappelées, ne laissent aucune place au doute.

Cette volonté serait demeurée sans effet si la prohibition directe eût pu être indirectement éludée. Or, un des moyens les plus propres à éteindre ce dernier résultat, eût été la garantie de l'exécution des marchés. Qui ne voit, en effet, les conséquences possibles de cette garantie?

Un courtier voulant acheter ou vendre selon la chance de la spéculation, mais ne pouvant le faire en son nom, l'eût fait en celui du premier venu, en se rendant garant de l'exécution. L'époque de la livraison arrivée, le prétendu traitant n'aurait pu ou voulu soit livrer la marchandise,

[1] Cass., 2 brumaire an XIII.

[2] Cass., 18 décembre 1828.

soit l'accepter, soit payer la différence. En vertu de la garantie promise, le courtier eût donc été contraint de recevoir ou d'opérer lui-même cette livraison, ou de payer la différence et de se livrer dans tous les cas à des opérations commerciales.

La prohibition de garantir l'exécution n'a pas d'autre objet que de mettre le courtier dans l'impossibilité d'avoir jamais à livrer, ou à recevoir des marchandises, ou à payer des différences; de l'empêcher ainsi de prendre part à des spéculations et de tenter de réaliser un bénéfice ou une perte sur les traités qu'il détermine par son intermédiaire. Il faut donc reconnaître que tout ce qui ne sera pas de nature à amener l'un ou l'autre ne rentrera pas dans la prohibition qui lui est faite.

Or, garantir la solvabilité de l'acheteur, c'est sans doute s'exposer à une perte, mais sans compensation aucune du côté des bénéfices. La perte elle-même ne sera pas une conséquence du marché, en ce sens que l'insolvabilité postérieure peut tenir à de tout autres causes; il peut se faire que le marché en lui-même ait été fort avantageux; enfin, lorsque le payement devra s'effectuer, le marché aura été exécuté depuis longtemps, l'un n'étant que la conséquence de l'autre.

Garantir la solvabilité de l'acheteur est si peu garantir l'exécution du marché, que si celui-ci refuse la livraison, le vendeur n'aura aucun recours contre le courtier. Ses droits à contraindre l'acceptation se concentreront contre l'acheteur, et ce n'est qu'après livraison effectuée et reçue que l'obligation éventuelle du courtier aura une valeur quelconque.

Donc garantir la solvabilité, c'est faire un crédit à l'acheteur. Aucune loi ne défend au courtier de prêter de l'argent à ses clients. Il pourrait leur avancer les fonds au moment de l'achat, pourquoi ne pourrait-il pas s'engager à prêter les fonds au moment du payement?

Vainement exciperait-on de ce que l'article 85 lui défend de payer et de recevoir pour le compte de ses commettants. Cette prohibition ne s'étend pas aux prêts personnels qu'il pourrait consentir à ceux-ci. C'est ce que la jurisprudence a admis à toutes les époques [1].

Ainsi, garantir la solvabilité de l'acheteur, ce n'est pas violer la prohibition de l'article 86. Admettre le contraire, serait consacrer que le législateur a parlé d'une manière, agi de l'autre.

[1] Paris, 9 juin et 14 nov. 1836; D. P., 1836, 2, 127; J. D. P., t. I, 1837, p. 257.

Le courtier garantissant la solvabilité conserve son caractère de neutralité, il ne trompe ni l'une ni l'autre des parties, ni toutes deux. Il ne trahit ni la confiance publique ni celle du commerce; il n'est, pour aucune des parties, ni un rival ni un concurrent. Il ne réunit donc aucune des conditions par la crainte desquelles on lui a interdit le commerce.

Tout ce qui peut résulter de l'acte que nous examinons, c'est que le courtier sera d'une extrême circonspection dans le choix de ses clients acheteurs, c'est qu'il ne s'entremettra que pour des gens actuellement solvables, ce qui sera un avantage signalé pour le vendeur.

A cet avantage s'en joindra un autre dans l'intérêt du commerce en général, du petit commerçant en particulier. On sait toutes les peines qu'éprouvent quelquefois ces derniers pour se procurer un crédit qui finit souvent par les faire arriver à un si haut degré de prospérité. Or, ce résultat sera atteint par l'obligation éventuelle du courtier, et il le sera sans préjudice pour le vendeur que cette obligation éventuelle garantit suffisamment. Ainsi absence complète de tous inconvénients d'un côté, avantage immense de l'autre; conclusion logique : il n'est pas possible que la loi ait entendu prohiber un pareil état de choses.

Remarquons cependant que la garantie de la solvabilité peut n'être qu'une simulation. Ainsi le courtier pourrait, à l'aide de ce prétexte, faire réellement le commerce pour son propre compte, sous le couvert d'une personne interposée. Mais cette simulation est impossible lorsque la garantie de la solvabilité s'applique à une généralité d'acheteur; la découverte de l'interposition de personnes et sa preuve feraient condamner le courtier, non pas pour avoir garanti la solvabilité de l'acheteur, mais pour avoir réalisé lui-même indirectement ce que la loi lui interdit de faire directement.

716. — Quel est le caractère de la violation des articles 85 et 86 du Code de commerce? L'acte du courtier constitue-t-il une infraction disciplinaire? Est-il un délit spécial? C'est surtout au point de vue de la prescription que la solution de cette difficulté est utile.

Dans une affaire portée à la chambre du conseil de Toulon, on a prétendu que l'acte du courtier était surtout une infraction disciplinaire passible même des peines de l'article 87; qu'en conséquence sa découverte autorisait les poursuites, quelle que fût l'époque à laquelle l'acte remonterait.

Cette doctrine nous paraît inadmissible. Elle

est en contradiction avec les termes de l'article 87 lui-même.

La discipline, dit le *Dictionnaire général* de Dalloz, est un pouvoir de police intérieure et de surveillance, établi pour maintenir dans les corps ou compagnies l'exacte observation des devoirs que leur imposent les lois de leur institution. Il y aura donc fait purement disciplinaire toutes les fois qu'il y aura eu infraction à cette police intérieure, et lorsqu'il s'agira d'une atteinte portée à la dignité du corps ou de la compagnie.

Mais le fait disciplinaire peut revêtir des proportions plus amples. il peut blesser les droits des tiers ou violer des prescriptions d'ordre public. Dans ce cas, l'action disciplinaire qui, d'après Dalloz, s'exerce souvent sur des faits non définis à l'avance, mais dont l'appréciation est laissée à un pouvoir discrétionnaire, est indépendante de l'action publique et de celle de la partie lésée.

Ainsi le même fait peut donner naissance à trois actions : l'action disciplinaire, l'action du ministère public, l'action civile, en réparation du dommage. Chacune de ces actions a une juridiction qui lui est propre. En général, l'action purement disciplinaire, surtout en ce qui concerne les officiers ministériels ou publics, est déférée aux tribunaux civils.

Or, l'article 87 confie la répression des actes indiqués par les deux articles précédents aux tribunaux correctionnels. Cette première dérogation au droit commun, en matière disciplinaire, établit déjà qu'il s'agit d'autre chose que d'un fait purement disciplinaire.

Ce qui le prouve mieux encore, c'est la pénalité. La destitution est le dernier échelon des mesures disciplinaires lorsqu'elle est prononcée par le pouvoir ordinairement investi. Ici elle n'est plus qu'une peine, puisqu'elle est à ce titre prononcée par les tribunaux correctionnels. De plus l'amende que Pardessus appelle à juste titre *correctionnelle* [1], et qui doit être simultanément prononcée, achève de fixer le véritable caractère de l'acte que la compétence de la justice correctionnelle ferait à elle seule supposer.

Ainsi la violation des articles 85 et 86 constitue un véritable délit; c'est ce qu'enseigne notamment Mollot, en parlant des actions pénales pour usurpation ou contravention.

« Les unes sont dirigées, dans l'intérêt des agents de change, contre ceux qui s'immiscent dans leurs fonctions : les autres le sont contre les agents de change eux-mêmes pour violation des lois et règlements; toutes sont portées devant le tribunal correctionnel, parce qu'elles ont pour objet la répression d'un délit [2]. »

La fait ainsi qualifié, il en résulte qu'aux termes de l'article 637 du code d'instruction criminelle, la poursuite du ministère public se prescrit par trois ans. L'action ultérieurement intentée devrait donc être déclarée irrecevable.

717. — L'article 42 du Code de commerce prescrit la publication des actes de société. L'absence de cette formalité est considérée comme une fraude dont les résultats diffèrent selon qu'il s'agit des associés entre eux, des créanciers sociaux ou des créanciers particuliers de chaque associé.

718. — Par rapport aux associés, l'absence de publication annule la société. Cette nullité peut être demandée à toutes les époques, mais ses effets ne concernent que l'avenir, les affaires traitées jusque-là sont liquidées, et la répartition des bénéfices ou pertes opérée dans les proportions indiquées par le pacte social, lient les associés jusqu'au moment où la nullité est acquise.

719. — Par rapport aux créanciers sociaux, le défaut de publication ne saurait leur être opposé. La raison en est simple, la loi ne pouvait rendre les tiers responsables pour n'avoir pas fait ce qu'ils ont été dans l'impuissance de faire. L'omission, justement reprochable aux parties signataires de l'acte, ne saurait, dans aucun cas, atteindre ceux qui, demeurés étrangers à cet acte, restaient nécessairement étrangers aux formalités qui devaient le suivre.

Cette position des tiers amène à cette conséquence : que les stipulations de l'acte non publié ne peuvent leur être opposées. Ainsi, la solidarité étant de droit commun entre associés en nom collectif, chaque associé serait tenu sur tous ses biens de l'intégralité de la dette, quelles que fussent les dérogations renfermées au pacte social. En effet, les associés peuvent stipuler des dérogations au droit commun, mais la loi ne consacre ces stipulations que lorsque les tiers ont été mis en demeure de les connaître par la publicité qu'elles reçoivent de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 42 du Code de commerce; à défaut de cet accomplissement, ces dérogations ne sont plus considérées que comme une fraude contre les tiers et absolument nulles par rapport à eux.

Une seconde conséquence du défaut de publicité, c'est de conférer aux tiers le droit de prou-

[1] T. Ier, no 74.

[2] *Des Bourses de commerce*, chap. IV, titre IX, no 459.

ver, même par témoins, l'existence de la société avec laquelle ils ont traité. L'exigence d'une preuve écrite ne concerne que les associés, car seuls ils sont dans le cas de se la procurer. Dès l'instant qu'une société s'annonce au public par des actes formels, par l'emploi d'une raison sociale, les tiers ne sont pas même obligés d'en demander la preuve ou de s'informer si elle a été ou non régulièrement établie. Ils agiraient sans doute beaucoup plus prudemment s'ils prenaient ces informations, qui ne sont pas, d'ailleurs, toujours faciles. Mais le seul danger auquel ils s'exposent en ne les prenant pas, c'est la chance de ne pas prouver la société. Les déclarer non recevables à faire cette preuve, ce serait porter une atteinte grave à la bonne foi et à la confiance, sans lesquelles il n'y a pas de commerce possible; donner une prime à la cupidité et à la fraude, puisque les associés pourraient, en celant leur acte social, se soustraire à leurs engagements. Une pareille immoralité ne pouvait trouver place dans la loi.

Ainsi, la position des créanciers vis-à-vis des associés est aussi nette que possible. Il suffit que la société ait existé de fait, pour qu'ils soient en droit d'en revendiquer contre ces derniers les effets tels qu'ils résultent du droit commun. Ils peuvent, de plus, en cas de dénégation de l'existence de la société, la prouver par témoins et, dès lors, par des présomptions graves, précises et concordantes.

720. — Mais il n'en est pas de même des créanciers sociaux à l'endroit des créanciers particuliers de chaque associé. On sait que l'actif social est affecté par privilége aux premiers et que les seconds ne sont payés qu'en cas d'excédant et seulement sur la part et portion de leur débiteur. Celui-là donc qui, débiteur actuel, contracte une société, en nom collectif surtout, enlève à ses créanciers le gage de leur créance, qu'il affecte par privilége à ceux qui traiteront plus tard avec la société.

Un pareil résultat serait une monstruosité s'il pouvait être atteint sans que ceux qu'il tend à dépouiller eussent été mis à même de l'empêcher. Or, cette mise en demeure ne peut résulter que de la publication de la société. Ainsi avertis du danger qui les menace, les créanciers personnels des associés futurs pourront faire procéder à la liquidation et prendre toutes les mesures qu'ils croiront nécessaires à la conservation de leurs droits.

Conséquemment, si l'acte de société n'a reçu aucune publicité, si aucune des formalités voulues par la loi n'a été remplie, la société est nulle comme étant faite en fraude des créanciers, et l'effet de cette nullité est de laisser intacts les droits que la société avait pour but de détruire.

Cela n'a jamais été douteux des créanciers personnels aux associés. Le défaut de publication, imputable à chacun de ces associés, les rend non recevables à en repousser les conséquences. Mais on s'est fait plus de difficultés lorsque les créanciers personnels se trouvent en présence des créanciers sociaux.

On a dit, dans l'intérêt de ceux-ci, que la nullité ne produit pas d'effet rétroactif, qu'elle n'efface pas le passé pendant lequel ont pu être faits des actes de bonne foi; que la disposition de l'article 42 du Code de commerce a été dictée par cette considération que la foi publique ne pouvait point être trompée et qu'on ne pouvait point enlever aux tiers, qui s'étaient confiés en l'apparence, les garanties qu'ils avaient espérées; qu'admettre que si le défaut de publicité ne peut être opposé par les associés, il le peut être par leurs créanciers personnels, c'est retirer d'une main ce qu'on a donné de l'autre. C'est, contre le texte même de l'article 42, faire prévaloir la forme sur le fond, l'écrit et les formalités de publication sur le contrat dont ils ne sont que l'accessoire.

Sans doute entre associés la nullité n'affecte que l'avenir, surtout par cette considération que l'associé, en ne réclamant pas, a légalement consenti à tout ce qui s'est fait. Conséquemment, et lorsque plus tard il change d'avis et poursuit la nullité, ce changement ne prouve pas qu'il n'ait pas volontairement accepté le passé. Tout ce qui s'en induit, c'est qu'il ne consent plus pour l'avenir; il est donc rationnel de ne pas confondre ce passé et cet avenir; de laisser le premier produire tous ses effets sous l'empire de ce consentement dont l'existence tacite est au moins incontestable.

Il y a donc eu, dans cette hypothèse, une société de fait, dont la liquidation profite ou nuit à toutes les parties intéressées, surtout à celles qui ont toléré et encouragé ce qu'elles pouvaient empêcher.

Or, tel n'est pas incontestablement la position des créanciers personnels de l'associé; étrangers à l'acte de société, ils n'ont pu s'opposer à ce qu'il fût consenti, ni surtout veiller à leurs intérêts. Ils sont légalement présumés en ignorer l'existence, ils ne peuvent être tenus de l'attaquer qu'à l'instant où, en le leur opposant, on prétend en profiter à leur détriment. Mais quelle serait l'importance de ce droit qu'on ne leur conteste pas, si la nullité, qu'ils ont la faculté de

demander, laissait le passé en dehors de toute atteinte, c'est-à-dire consommait la spoliation!

Par la force des choses mêmes, la nullité que le créancier personnel fait prononcer remonte donc à l'origine de l'acte de société. Ce n'est que de cette manière que son action aura pour lui des effets utiles. Si le passé était maintenu, si le privilége des créanciers sociaux demeurait acquis par le fait de l'association, on arriverait à ce résultat que l'action du créancier, ne pouvant être exercée qu'après la société, s'ouvrirait juste au moment où le mal, qu'elle a pour objet d'empêcher, serait consommé.

D'ailleurs entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels, qui sont les uns et les autres de véritables tiers, il n'y a pas à hésiter. Les premiers ont pu vérifier la condition légale de leur débiteur, et s'ils s'en sont fiés à l'apparence, ils ont imprudemment agi. Que cette imprudence ne soit jamais un titre pour les associés, on le comprend, mais les tiers ont le droit de s'en prévaloir. Les seconds, au contraire, sont au-dessus de tout reproche; ils ne pouvaient en effet ni prévoir, ni empêcher que leur débiteur contractât une société. Il est donc juste que, par rapport à eux, cette société devant les dépouiller soit revêtue de toutes les formes prescrites par la loi. En effet, la publicité donnée à celle-ci eût suffi pour éveiller leur attention et les mettre à même de parer à la spoliation les menaçant. Consommer cette spoliation, lorsqu'ils n'ont pas même été avertis, ce serait consacrer une iniquité et encourager la fraude.

Nul doute en effet qu'une société clandestine ne doive être considérée comme faite en fraude des créanciers personnels des associés. Le droit de ces créanciers à la faire annuler se puise donc dans l'article 1167. Il n'est donc pas exact de dire que, consacrer ce droit, c'est retirer d'une main ce qu'on a donné de l'autre; dans son exercice, les créanciers n'étant nullement les ayants cause de leur débiteur.

L'évidente justice de la solution que nous indiquons a été consacrée par la doctrine et la jurisprudence[1]. Elle est aujourd'hui hors de toute contestation.

721. — De nombreux exemples de fraude présumée nous sont offerts par la loi sur les faillites. Événement capital dans la vie commerciale, la faillite place le négociant dans une position exceptionnelle, et l'expose à toutes les exigences soit de son propre intérêt, soit de celui de certains créanciers désireux de se soustraire au naufrage.

Cette position appelait l'intervention énergique de la loi. Il importait dans tous les cas d'assurer la dépossession entière du failli, l'égalité absolue entre les créanciers. Tout acte, tendant à éluder l'une ou l'autre, constitue donc une fraude punissable tantôt par la voie correctionnelle ou criminelle, tantôt par la juridiction civile seulement.

Nous n'avons pas à nous occuper de la banqueroute, nous nous bornerons donc à dire quelques mots de la fraude purement civile.

C'est surtout aux approches de la faillite que cette fraude surgit. Les actes faits depuis la cessation des payements ou dans un temps voisin en fourniront quelquefois de nombreux exemples.

722. — D'après notre Code de commerce ancien, le désinvestissement du failli remontant de plein droit au jour de la cessation des payements, tous les actes faits depuis cette cessation ou dans les dix jours qui l'avaient précédée étaient présumés frauduleux. Mais cette présomption n'allait pas jusqu'à exclure la preuve contraire.

La loi de 1838 a déserté ce système. Le désinvestissement du failli ne date plus que du jour du jugement déclaratif; jusque-là donc le failli a joui de tous ses droits, pu exercer ses actions et continué légalement l'administration de ses affaires. Mais cette capacité n'est respectée qu'autant que ses effets auront tourné à l'intérêt général des ayants droit; qu'autant surtout que le failli n'en aura pas abusé, soit dans son intérêt ou celui de ses proches, soit en faveur de quelques créanciers, au détriment de la masse.

De là une première distinction. Les actes faits par le failli seront antérieurs ou postérieurs au jugement déclaratif. Ces derniers sont de plein droit présumés frauduleux et comme tels annulés, quelle que soit la bonne foi de ceux qui ont contracté avec lui.

723. — On distingue ensuite, pour les actes antérieurs, ceux qui ont précédé de plus de dix jours la cessation réelle des payements, de ceux qui ont été faits depuis ou dans les dix jours. Les premiers sont présumés sérieux et sincères, ils doivent, en conséquence, produire tous leurs effets, sauf la faculté pour les créanciers de les attaquer comme ayant été faits en fraude de leurs droits, ce qu'ils sont tenus de prouver en la forme ordinaire.

[1] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2; Troplong, art. 1862, nos 857 et suiv.; Delangle, sur l'art. 42, n° 547; cass., 13 fév. 1821, et autres arrêts cités par ces auteurs.

724. — Les actes faits dans les dix jours de la cessation ou depuis sont présumés frauduleux. Mais l'effet de cette présomption se renferme dans les hypothèses formellement énoncées dans l'article 446 du Code de commerce.

Ainsi sont de plein droit présumés frauduleux, tous actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière à titre gratuit;

Tous payements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues; et, pour dettes échues, tous payements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce;

Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées.

La nature de ces actes en indique suffisamment le caractère. Elle prouve chez le failli la volonté de diminuer ou d'anéantir son actif au préjudice de la masse, tout au moins le désir de blesser l'égalité devant régner entre les créanciers; chez ceux qui ont traité avec lui, la volonté de se soustraire à un danger dont ils connaissent et apprécient l'imminence. C'est du moins ainsi que le législateur l'a admis, puisqu'il prononce la nullité absolue de tous ces actes.

Il y a également fraude présumée dans le fait du créancier qui, ayant obtenu une hypothèque valable, n'en a requis l'inscription que plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif. Le discussion législative de l'article 448 nous apprend qu'on a voulu atteindre par sa disposition un abus contre lequel le commerce n'avait pas cessé de réclamer. Un commerçant, obligé de conférer des hypothèques sur ses biens et voulant ne subir aucune atteinte dans son crédit, obtenait que l'hypothèque ne fût pas publiée; puis la déconfiture arrivant, des inscriptions nombreuses faisaient évanouir cet actif, sur l'apparence duquel cependant le public avait traité. C'est ce calcul que le législateur a voulu détruire en n'accordant qu'un délai fort court pour réaliser l'inscription des hypothèques valablement conférées, c'est son existence qu'il présume dès que ce délai n'a pas été mis à profit.

Mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Le défaut d'inscription peut tenir à des obstacles réels, sérieux, à une force majeure que le créancier n'a pu ni prévoir ni empêcher. Dans chacune de ces hypothèses, il y aurait injustice à punir le créancier d'une faute qui n'est pas son fait. Dès lors la preuve acquise de l'une d'elles ferait fléchir la rigueur de la loi. C'est dans ce sens que l'article 448 se borne à dire que l'inscription prise après la quinzaine, augmentée du délai des distances, *pourra être annulée* [1].

SECTION II.

PREUVE DE LA FRAUDE NON PRÉSUMÉE.

SOMMAIRE.

725. — Excellence de la preuve littérale.
726. — Par quels éléments doit-on décider la question de la recevabilité de la preuve testimoniale?
727. — Exceptions au principe de l'article 1341 du Code civil.
728. — La partie qui n'a pas connu la fraude dont elle est victime n'a pu se procurer une preuve écrite.
729. — Il n'en est pas de même pour la preuve concertée. — Effets de celle-ci à l'endroit des tiers et des parties elles-mêmes.
730. — Dans tous les cas la preuve orale devient admissible, s'il existe un commencement de preuve par écrit.
731. — Définition du commencement de preuve : par l'ancienne doctrine; par le Code civil.
732. — Nature de la règle posée par l'article 1347 du Code civil. — Exceptions dont elle est susceptible.
733. — Droit ancien relativement aux livres et registres des marchands.
734. — Confirmé par le Code.
735. — Les copies des titres peuvent créer un commencement de preuve par écrit. — Motif de cette exception.
736. — Du principe que l'article 1347 n'est que démonstratif, la jurisprudence a tiré de nombreuses exceptions à la rigueur de ses termes.
737. — Première exception. — Interrogatoire des parties.
738. — Deuxième exception. — Aveu de la partie.
739. — Troisième exception. — Déclarations contradictoirement fournies à l'audience.
740. — Peut-on diviser les aveux et déclarations lorsqu'il ne s'agit que de la vraisemblance du fait allégué?
741. — Mais la règle de l'indivisibilité de l'aveu reprend son empire lorsqu'il s'agit de dépôt excédant 150 fr.
742. — Quatrième exception. — Refus de comparaître ou de répondre. — Obscurité calculée des réponses.
743. — Les aveux et déclarations faits en justice de paix produisent les mêmes effets que ceux produits devant les tribunaux ordinaires.
744. — La loi exige seulement que les écrits émanent de la partie. — Conséquences quant à la forme.
745. — L'écrit non reconnu ne peut créer un commencement de preuve qu'après sa vérification.
746. — Diverses catégories dans lesquelles se placera nécessairement l'écrit dont il sera excipé.
747. — Dans celle des écrits rédigés mais non signés par la partie, se placent les livres et registres des marchands.
748. — La règle tracée par l'article 1330 est-elle applicable lorsqu'il s'agit de rechercher le commencement de preuve?
749. — Dans la seconde catégorie se placent les écrits non conformes aux dispositions des articles 1325 et 1326 du Code civil.
750. — Sévérité de l'ancienne jurisprudence à l'endroit des premiers. — Critique et blâme dont elle avait été l'objet.

1 Voy. au surplus notre *Commentaire sur la loi des faillites*, art. 446 et suiv.

751. — Décision du Code civil, son véritable caractère.
752. — L'acte non fait, ou ne mentionnant pas qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, peut créer le commencement de preuve par écrit.
753. — Opinion contraire de Duranton. — Réfutation.
754. — La règle applicable dans le cas de l'article 1325 doit être également appliquée à celui de l'article 1326.
755. — *Quid* si l'obligation écrite par le débiteur ne porte pas sa signature?
756. — L'acte authentique, nul pour incompétence de l'officier qui l'a reçu ou pour violation des formes, vaut comme sous seing privé.
757. — Il peut dès lors servir de commencement de preuve, s'il est signé par les parties.
758. — Le commencement de preuve peut résulter d'une lettre missive. — Exemples.
759. — L'écrit émané de l'auteur de la partie produit contre elle le même effet que celui dont elle serait l'auteur.
760. — L'écrit émané du mandataire oblige le mandant dont il est censé émaner.
761. — Arrêt de la cour de Toulouse faisant résulter le commencement de preuve des registres d'un notaire.
762. — Résumé.
763. — La preuve par témoins n'est pas admissible lorsque la fraude *de contractu in contractum* cache une simulation licite.
764. — Exception lorsqu'il s'agit de la révocation légale ou de la réduction d'une donation sous forme d'un contrat à titre onéreux.
765. — La preuve orale est admissible lorsque la fraude déguise une convention illicite.
766. — Exemples fournis par la jurisprudence.
767. — L'admissibilité de la preuve par témoins rend admissible la preuve par présomptions.
768. — Définition des présomptions. — Conséquences.
769. — Existe-t-il, en matière de simulation, des faits devant plus particulièrement en déceler l'existence?

725. — Hors les cas exceptionnels que nous venons de parcourir, la fraude n'est jamais présumée. Son existence doit être prouvée par celui qui l'allègue.

La preuve littérale est certainement la plus efficace, la plus décisive de toutes les preuves. Mais, il faut bien le reconnaître, elle n'existera que dans des cas exceptionnels et fort rares. Telle n'est pas, en effet, l'allure habituelle de la fraude; elle se garde bien de laisser après elle des traces rendant sa découverte évidente et sa répression certaine.

726. — Le plus souvent donc c'est à la preuve testimoniale qu'on sera obligé de demander et cette existence, et cette répression. Il convient, dès lors, de rechercher dans quels cas et à quelles conditions ce mode de preuve pourra et devra être admis.

Cette recherche reconnaît pour bases essentielles les dispositions combinées des articles 1341, 1347 et 1348 du Code civil. Le premier renferme la prohibition formelle de la preuve orale lorsqu'il s'agit d'un intérêt supérieur à 150 francs. Nous avons déjà donné l'historique de cette disposition; nous n'avons donc, quant à ce, qu'à nous en référer à nos précédentes observations [1].

727. — Mais cette prohibition reçoit exception, notamment lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ou lorsque le poursuivant a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite.

728. — Dans cette dernière catégorie se placent naturellement ceux qui se prétendent victimes d'une fraude accomplie contre eux sans leur participation et sans leur concours. Une fraude de ce genre est un véritable dol. La preuve testimoniale, toujours admissible pour celui-ci, le sera également pour celle-là, que nous avons déjà dit s'appeler fraude *de re ad rem* [2]. Il est, en effet, évident que celui qui n'a connu la fraude que par le préjudice qu'il en éprouve, a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve écrite, et se place conséquemment dans l'exception consacrée par l'article 1348.

729. — Il n'en est pas de même de la fraude *de persona ad personam*, c'est-à-dire de la simulation concertée entre les parties à l'effet de nuire et de préjudicier aux droits des tiers. Ici il faut distinguer entre ces tiers et les parties elles-mêmes.

L'article 1167 tranche la question à l'égard des premiers en les autorisant à attaquer directement l'acte frauduleux. La conséquence de cette action directe est l'admissibilité de la preuve testimoniale, sans laquelle cette action ne saurait aboutir, ce qui serait absurde. En effet, qui veut la fin veut les moyens; refuser ceux-ci serait d'autant plus injuste dans la circonstance, qu'étrangers à l'acte, les tiers exposés à le subir ne pouvaient même le prévoir; qu'on ne saurait donc équitablement leur reprocher l'absence d'une preuve écrite qu'ils n'ont jamais été dans le cas de se procurer.

Mais telle n'est pas évidemment la position des contractants. Leur présence forcée à l'acte, leur concert frauduleux les a mis à même de se procurer la preuve écrite du véritable caractère de leurs accords. Sans doute l'intention d'assurer le succès de la fraude est exclusive de l'idée d'insérer dans l'acte la constatation de cette fraude; mais ce qui ne pouvait s'accomplir de cette manière, pouvait l'être par une

[1] *Vid. suprà*, nos 239 et suiv.

[2] *Vid. suprà*, no 642.

contre-lettre séparée et distincte. Ce devoir, imposé par la loi, était conseillé par la prudence. La partie qui a négligé de le remplir a d'autant plus de tort, qu'il lui était facile de prévoir que celui qui ne recule pas devant l'indélicatesse de s'associer à une fraude contre un tiers, pourrait être assez déloyal pour tenter de s'en appliquer personnellement le bénéfice.

Donc, le complice de la fraude ne pourra invoquer la preuve testimoniale non-seulement contre les tiers, mais encore contre son complice. Sa prétention, à cet égard, serait invinciblement repoussée en force de la maxime *nemo auditur*, etc... Mais, comme nous l'avons déjà dit [1], cette solution n'est rationnellement admissible que dans l'hypothèse où le porteur du titre, se retranchant derrière sa teneur, en soutient la complète sincérité. Si, désertant ses énonciations, il est obligé de puiser les preuves de la réalité de l'obligation ailleurs que dans le titre même, le demandeur devrait être admis à discuter ces preuves et à les détruire même par la preuve orale. L'aveu de l'insuffisance du titre, rendant la simulation vraisemblable, serait justement invoqué comme un commencement de preuve par écrit, constituant, aux termes de l'article 1347, une exception à la prohibition de la preuve testimoniale.

730. — De tout temps, en effet, le commencement de preuve a produit ce résultat. C'est ce qu'avaient formellement reconnu les ordonnances de 1566 et 1667. Il est vrai que la première ne désignait pas nommément le commencement de preuve, mais, à défaut du nom, elle renfermait évidemment la chose dans cette disposition : *N'entendant exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées.*

731. — Aucune de ces ordonnances n'avait toutefois défini le commencement de preuve. La doctrine, suppléant à ce silence, le faisait résulter de *tout acte ou écrit, d'où il ressort quelque preuve, quoique non suffisante : Ex qua nonnulla probatio elici potest* [2]. L'appréciation de l'un et de l'autre, de leurs caractères, de leurs conséquences, était souverainement laissée à l'arbitrage des juges [3].

Le Code civil a comblé la lacune de la législation précédente. L'article 1347, en déclarant le commencement de preuve exception à la prohibition de la preuve testimoniale, le définit : Tout écrit émané de la partie à qui on l'oppose ou de celui qu'elle représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. L'appréciation des tribunaux se trouve donc circonscrite aujourd'hui dans ces limites, en ce sens qu'après avoir déclaré que l'écrit émane de la partie ou de son auteur, qu'il rend le reproche vraisemblable, ils ne pourraient le récuser comme commencement de preuve.

732. — Mais l'article 1347 ne défend pas d'admettre tout autre document, c'est-à-dire que la règle qu'il pose est susceptible de recevoir des exceptions. Ces exceptions sont consacrées les unes par la loi, les autres par la jurisprudence.

733. — La première exception légale concerne les registres et livres des marchands. En règle ordinaire, ces livres ne peuvent faire foi contre les tiers ; était-il juste cependant de leur refuser toute autorité, même celle de créer un commencement de preuve.

En présence des termes formels de l'article 1347, cette question n'en était pas une. Évidemment les livres du marchand ne sont pas émanés de la partie à qui ce marchand les oppose. Ils manquent donc d'une des conditions essentielles exigées par notre article.

Mais le commerce vit de crédit, et il n'est pas dans ses usages, surtout pour les ventes à la consommation, d'exiger une reconnaissance écrite, dont la souscription d'ailleurs serait dans bien des cas impossible, tous les consommateurs ne sachant pas lire ou écrire. La fortune du marchand serait donc à la merci de ses pratiques, s'il suffisait d'une dénégation pour être à tout jamais libéré.

Ce résultat inique avait touché notre ancien droit et l'avait déterminé à se relâcher de la rigueur du principe suivant lequel nul ne peut se créer un titre à soi-même. En conséquence, adoptant la règle tracée par la loi 6, Code, *de probatione*, à l'endroit des registres domestiques, nos anciens jurisconsultes, et notamment l'illustre Dumoulin, admettaient que les livres des marchands ne pouvaient suffire seuls pour faire condamner les tiers, mais qu'appuyés par d'autres présomptions, ils devaient être considérés comme un commencement de preuve, autorisant le juge à déférer le serment supplétoire.

734. — Cette doctrine, recommandable sous tous les rapports, a été consacrée par le Code.

[1] *Sup.*, n° 251.

[2] Boiceau, l. 2, chap. Ier, nos 3 et 4 ; Jousse, sur l'article 3, tit. XX ; ord. de 1667.

[3] Cass., 9 février 1801, 16 août 1831.

La faculté de déférer le serment supplétoire est formellement inscrite dans l'article 1329. Or, aux termes de l'article 1367, cette faculté n'existe qu'aux conditions suivantes : 1° que la demande ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas entièrement dénuée de preuve. De la combinaison de ces deux articles il résulte qu'à son tour la législation qui nous régit n'admet pas que les livres soient considérés comme un titre suffisant et légitime : *Solas sufficere non posse.* Mais elle voit dans leur existence une présomption assez grave pour faire naître le doute, créer une vraisemblance qu'il convient de creuser, et rendre admissible la preuve testimoniale. Notons bien, en effet, que le serment supplétoire ne peut être ordonné que dans les cas où la preuve testimoniale est recevable [1]. Dire qu'on peut déférer celui-ci, c'est par cela même déclarer qu'on peut recourir à celle-là. Autrement il serait vrai que, pouvant le plus, le juge ne pourrait pas le moins.

Donc les livres des marchands peuvent créer en leur faveur un commencement de preuve, à condition toutefois, comme le disait Dumoulin, que d'autres présomptions viendront en corroborer l'autorité. Ces autres présomptions exigées par Dumoulin étaient en première ligne : la moralité du marchand et la régularité de ses livres ; ensuite la modicité de la somme, la vraisemblance de la fourniture, sa proportionnalité avec la fortune et la dépense accoutumée du débiteur, l'habitude de celui-ci de prendre à crédit, etc... Ce sont là en effet autant d'éléments qu'on ne pourrait refuser d'apprécier.

Notons cependant que déférer le serment supplétoire ou ordonner une preuve orale n'est jamais pour le juge qu'une pure faculté, dont il peut user ou non, suivant qu'il le juge utile ou convenable. Conséquemment le refus, qu'il en ferait dans telle ou telle circonstance, pourrait bien être réformé comme un mal jugé par la juridiction du second degré, mais il ne saurait dans aucun cas constituer une violation de la loi susceptible d'être censurée par la cour de cassation.

735. — Voilà donc une hypothèse où le commencement de preuve se puise dans un écrit n'émanant ni de la partie, ni de son auteur. Nous allons en rencontrer d'autres dans les articles 1335 et 1336 du Code civil.

Le premier s'occupe des copies des titres ; celles qui ont été tirées par l'autorité des magistrats, parties présentes ou dûment appelées, ou qui l'ont été en présence des parties, et de leur consentement réciproque, font foi entière de leur contenu.

Celles tirées sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par un de ses successeurs, ou par officiers publics dépositaires des minutes, *peuvent* faire foi quand elles sont anciennes, c'est-à-dire quand leur délivrance remonte au delà de trente ans.

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

Enfin les copies tirées, sur la minute de l'acte, par tous autres que le notaire, ses successeurs, ou l'officier public dépositaire de la minute, ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

D'autre part, l'article 1336 dispose que la transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que comme un commencement de preuve par écrit, pourvu cependant qu'elle réunisse les conditions exigées.

En réalité, l'acte public procède plutôt de son rédacteur que de la partie elle-même. Cependant l'acte, portant la signature de celle-ci ou la mention qu'elle n'a pu ou su signer, fait pleine foi en sa faveur ou contre elle ; or une copie rendant l'existence de l'acte probable, malgré qu'on ne puisse plus le représenter, il n'était pas juste de s'arrêter à l'imperfection de cette copie, et de repousser toute investigation ultérieure. Le législateur a donc justement agi en refusant à la copie toute l'autorité que le titre offrirait, mais en lui faisant toutefois produire l'effet d'un commencement de preuve.

Dans leur exécution, les prescriptions des articles 1335 et 1336 présentent les mêmes caractères que celles de l'article 1329. Ainsi, en ce qui le concerne, l'indépendance du juge reste entière et il peut toujours, si la vraisemblance créée par la copie lui paraît dès maintenant détruite par des vraisemblances contraires, refuser de prolonger un litige pouvant immédiatement recevoir une solution définitive.

736. — Ainsi la loi assimile, dans les articles 1335 et 1336, à l'écrit émané de la partie, l'acte susceptible de faire foi contre elle. Ce principe, fondé sur la règle que l'article 1347 n'est que démonstratif, a reçu en jurisprudence de notables développements.

On a fait résulter le commencement de preuve par écrit : 1° de l'interrogatoire sur faits et articles ; 2° des aveux judiciaires ou extrajudiciaires ; 3° des déclarations contradictoires four-

[1] Cass., 2 mai 1810.

nies à l'audience ; 4° du refus de comparaître et de l'obscurité calculée des réponses.

737. — 1° Interrogatoire sur faits et articles.

En la forme, l'interrogatoire est un acte public et authentique. Il est reçu par un magistrat, signé par la partie ou mentionnant qu'elle n'a su, n'a pu ou n'a pas voulu signer. Il est donc à l'instar d'un acte notarié et il doit conséquemment faire foi de ce qu'il contient. On n'hésiterait certes pas à le reconnaître si l'interrogé convenait formellement du reproche allégué par son adversaire ; pourquoi en serait-il autrement si, tout en le contestant, le premier laisse échapper des déclarations rendant ce reproche vraisemblable? La seule différence possible, c'est que, dans le premier cas, il y aurait lieu à condamnation, et que, dans le second, cette condamnation sera subordonnée à la preuve que la vraisemblance du reproche fera admettre.

C'est au reste dans ce sens que la doctrine et la jurisprudence paraissent se fixer. La controverse qui s'était d'abord prononcée s'efface et disparaît devant la doctrine définitivement admise par la cour de cassation.

738. — 2° Aveu de la partie.

Si l'interrogatoire sur faits et articles, si les déclarations faites à l'audience prennent le caractère d'un commencement de preuve par écrit, c'est en force des aveux qui y sont constatés. Dès lors on ne saurait refuser à l'aveu émané spontanément de la partie l'effet attribué à l'aveu provoqué par une de ces mesures.

Conséquemment, de quelque manière que l'aveu se produise, il y aura lieu savoir : à condamnation, s'il porte sur le fond même du droit; à la recevabilité de la preuve testimoniale, si, portant sur des circonstances accessoires, il rend vraisemblable le fait allégué.

Il n'est pas même nécessaire que l'aveu se soit produit dans l'instance engagée. On pourrait, dans l'un de ces objets, invoquer utilement celui que le défendeur actuel aurait fait dans une instance précédente [1].

739. — 3° Déclarations contradictoirement fournies à l'audience.

Ces déclarations constituent de véritables aveux. Comme tels, elles doivent être considérées comme constituant le commencement de preuve, si elles rendent vraisemblable le reproche allégué [2]. Mais ce qu'il importe de retenir, c'est que ces explications, purement verbales, pourraient être facilement déniées soit à une audience subséquente, soit devant le degré supérieur de juridiction; conséquemment la partie intéressée à les invoquer plus tard doit les faire constater en requérant immédiatement acte des termes dans lesquels elles se sont produites. L'absence de cette formalité ne permettrait pas au tribunal qui les a reçues de les admettre comme commencement de preuve ; dans tous les cas, l'autorité supérieure ne pourrait les accepter comme telles, alors même que les qualités du jugement, non frappées d'opposition, les mentionneraient par demandes et par réponses [3].

740. — Une observation commune à tous les genres d'aveux, de quelque manière qu'ils se soient produits, c'est que, dans la recherche de la vraisemblance devant autoriser l'admissibilité de la preuve orale, l'appréciation du juge n'obéit à aucune loi, ne reconnaît aucune limite. De là il suit qu'on ne saurait l'astreindre à obéir à l'indivisibilité que la loi a, dans les cas ordinaires, imprimée à l'aveu [4]. Il suffit, en effet, que sa conscience trouve dans l'aveu la probabilité voulue par la loi, pour qu'il ait la faculté, disons mieux, le devoir d'en déclarer l'existence et d'en déduire les effets.

741. — La divisibilité de l'aveu est donc livrée à la prudence du juge. Mais cette règle reçoit une exception formelle lorsqu'il s'agit de l'existence d'un dépôt excédant 150 francs et dont il n'existe aucune preuve écrite. Les motifs de cette exception se puisent dans cette considération : qu'en cette matière, la loi ne se borne pas à s'en référer au principe général de l'indivisibilité de l'aveu ; l'article 1924 en spécialise de plus les effets en déclarant que dans ce cas le dépositaire doit en être cru soit sur le fait du dépôt, soit sur la chose qui en fait l'objet, soit sur le fait de la restitution. Dès lors isoler le fait du dépôt des déclarations relatives à sa quotité ou à la restitution, et puiser dans l'aveu ainsi isolé un commencement de preuve pour arriver à permettre la preuve par témoins soit de son importance, soit du défaut de restitution, c'est violer ouvertement les prescriptions de l'article 1924.

Il y a plus, l'aveu de n'avoir reçu que tels objets ne rend nullement vraisemblable le fait allégué que le dépôt comprendrait des objets plus considérables. La cour de Bordeaux, dans

[1] Cass., 27 avril 1840; D. P., 40, 1, 212.
[2] Cass., 10 juillet 1838; D. P., 38, 1, 348.
[3] Montpellier, 5 juin 1839; D. P., 40, 2, 66.
[4] Cass., 6 avril 1836; 2 juin 1837; 19 juin 1839; 18 mai 1840; Toulouse, 16 janvier 1841; J. D. P., 1840, t. Ier, p. 500; t. II, p. 594; 1841, t. I, p. 441.

une espèce où il s'agissait d'un dépôt de titres, faisait, avec raison, remarquer qu'il était peu logique de conclure qu'un officier ministériel avait reçu dix-sept titres de créance, parce qu'il avouait de bonne foi en avoir reçu cinq. Une pareille argumentation, dit l'arrêt, pourrait avoir des conséquences effrayantes.

La cour réforma donc le jugement qui avait admis le contraire, et son arrêt, déféré à la cour de cassation, fut maintenu par décision du 6 novembre 1838 [1].

Déjà la cour régulatrice s'était prononcée pour l'indivisibilité par arrêt du 26 septembre 1823. On peut donc considérer, comme un principe désormais acquis, que l'aveu du dépôt excédant 150 francs ne peut être isolé et fonder un commencement de preuve autorisant la preuve orale de la fausseté de la déclaration soit sur la quotité des objets déposés, soit sur le fait de la restitution.

742. — 4° Refus de comparaître, refus de répondre, obscurité volontaire des réponses.

Les ordres de la justice doivent être respectés et obéis. Celui qui prétend ne faire ni l'un ni l'autre mérite toute la sévérité des tribunaux.

L'article 330 du Code de procédure édicte la peine applicable en pareil cas. Le refus de comparaître ou celui de répondre peut non-seulement être un commencement de preuve, mais encore faire accepter les faits comme avérés et motiver une condamnation immédiate. La cour de Montpellier a fait de ce principe une application sévère en décidant que, sur l'appel du jugement tenant les faits pour avérés, le second degré de juridiction n'est pas tenu d'obtempérer à l'offre que fait l'appelant de subir l'interrogatoire qu'il a refusé de subir en première instance, et qu'il peut confirmer purement et simplement le jugement [2].

Ce que l'article 330 dit du refus d'exécution du jugement ordonnant l'interrogatoire s'applique au refus de comparaître à l'audience. Les motifs étant les mêmes, la solution doit être semblable.

Enfin, l'exécution voulue par la loi doit être une exécution franche, loyale et sincère. En conséquence, il est admis que l'ambiguïté, que l'obscurité volontaire et calculée dans les réponses, équivaut au refus de répondre, non pas qu'on puisse tenir les faits pour avérés, mais en ce sens que les juges peuvent en faire résulter le commencement de preuve [3].

Il résulte de ce qui précède que, quels que soient les termes de l'article 1347, sa disposition n'a rien de restrictif. Le législateur a, sous le nom d'écrits, compris tous les actes émanés de la partie et pouvant fournir contre elle la preuve des conventions en litige. « En effet, dit Toullier, l'article 1347 ne dit pas qu'on ne pourra considérer comme un commencement de preuve par écrit l'acte qui ne serait pas émané de celui à qui on l'oppose ou de son auteur; il dit seulement que les écrits émanés de l'un ou de l'autre sont des commencements de preuve, ce qui est bien différent [4]. »

743. — Rappelons, en terminant sur ce point, que ce que nous avons dit des aveux et déclarations recueillis devant les tribunaux reçoit son application aux instances ouvertes ou poursuivies devant les justices de paix. Les dires constatés soit dans un jugement, soit dans des procès-verbaux de constatations ou de recherches, de conciliation ou de non-conciliation, pourraient être ultérieurement invoqués à titre de commencement de preuve.

744. — Nous passons maintenant aux écrits de la partie ou de son auteur. Ce qu'il faut d'abord retenir en ce qui les concerne, c'est que l'article 1347 se contente d'exiger qu'ils soient *émanés* de l'une ou de l'autre. Cette expression indique que le législateur ne s'est nullement préoccupé de la perfectibilité de l'acte dont on excipera. Il est même certain qu'il n'a en vue que ceux ne pouvant par eux-mêmes créer un titre régulier. Dans le cas contraire, en effet, le titre se suffisant à lui-même, il ne pouvait s'agir de la question de savoir s'il pouvait constituer ou non le commencement de preuve.

745. — Il faut ensuite remarquer qu'il n'y a réellement d'écrits émanés de qui que ce soit, que lorsque l'écriture ou la signature est reconnue par celui qu'on en soutient l'auteur. En cas de dénégation, on ne saurait rien inférer tant que la vérification demandée ou ordonnée n'aurait pas détruit cette dénégation.

746. — L'écrit reconnu se placera nécessairement dans une des catégories suivantes :

1° Écrits non signés par la partie ou qui n'étaient pas destinés à l'être;

2° Écrits irréguliers comme ne remplissant pas les conditions exigées pour leur validité;

3° Écrits nuls pour incompétence du fonctionnaire qui l'a reçu ou pour vices de forme;

4° Écrits ne constituant pas un titre par eux-

[1] J. D. P., 1838, t. II, p. 608.
[2] 24 novembre 1818.
[3] Cass., 11 janvier 1827, 19 juin 1839; D. P., 39, 1, 287.
[4] T. IX, p. 105, nos 169 et suiv.

mêmes, mais rendant vraisemblable le fait allégué.

747. — Dans la première catégorie, se placent les livres des marchands, les registres ou papiers domestiques de la partie ou de son auteur ; les uns et les autres sont, en effet, l'œuvre de celui qui les a tenus, quand bien même un tiers les eût écrits sous leur direction, ce qui se réalise souvent pour les livres de commerce.

La vraisemblance du fait allégué, puisée dans ces documents, doit donc constituer le commencement de preuve, tel qu'il est exigé par l'article 1347 contre leur auteur ou ses représentants.

748. — Ici se présente une difficulté. L'article 1330 défend de diviser les mentions des livres qu'on invoque. Celui qui prétend en tirer avantage doit les accepter dans leur entier, sans pouvoir répudier ce qu'ils ont de contraire à sa prétention. Par une parité de raisons incontestables, on doit admettre la même doctrine à l'endroit des registres et papiers domestiques. Cette indivisibilité devra-t-elle s'entendre d'une manière tellement absolue, qu'elle ne permet pas, en cas d'allégations contradictoires, de tirer des uns et des autres un commencement de preuve par écrit?

Nous venons de voir la cour de cassation proclamer la divisibilité de l'aveu, malgré le texte formel de l'article 1356. Or, l'article 1330 ne fait que répéter pour les livres la règle que l'article 1356 appliquera plus tard à l'aveu. Dès lors, si celui-ci est inapplicable, lorsqu'il s'agit de la recherche d'un commencement de preuve, quel motif aurait-on de décider le contraire pour celui-là?

Nous admettons donc, à l'égard des livres, la distinction que la cour de cassation fait en matière d'aveu. Lorsque le demandeur sera dans l'impuissance de justifier sa prétention par une preuve quelconque, qu'il n'aura recours qu'aux livres seuls de son adversaire, il sera obligé de les accepter dans son ensemble. Si ces livres, mentionnant l'obligation, en mentionnent également l'extinction, sa demande sera repoussée. D'abord, parce que, tenu de la justifier, il n'a pas suffisamment rempli son devoir dès qu'il ne peut offrir à la justice qu'un document qui se contredit et qui laisse au moins la vérité dans le plus grand doute ; ensuite, qu'en demandant foi et créance pour les livres, en ce qui concerne les allégations qui lui sont avantageuses, il leur confère une autorité morale rejaillissant sur l'ensemble et qui doit nécessairement empêcher le juge de se prononcer pour les unes plutôt que pour les autres.

Mais lorsque, armé d'une preuve décisive, le demandeur ne s'en réfère aux livres que pour y puiser la vraisemblance rendant sa preuve admissible, c'est nécessairement à d'autres idées qu'il faut recourir. Alors, en effet, il ne faut qu'un écrit émané de la partie, et le livre invoqué offre évidemment ce caractère. Alors, le juge n'a plus à prendre un parti définitif, il a seulement à rechercher le plus ou moins de vraisemblance des deux allégations. Or, la loi ne traçant à cette recherche aucun mode obligatoire, ne lui imposant aucun élément, le juge est parfaitement libre de se créer une conviction dont il ne doit même aucun compte. Comment, au surplus, oublierait-il que l'obligation est convenue par le débiteur lui-même, tandis que son extinction, contestée par le créancier, ne résulte que d'un fait personnel au débiteur et que le premier n'a jamais pu empêcher.

La preuve testimoniale peut donc être ordonnée à l'effet de dissiper le doute que les livres font naître. Mais si cette preuve n'a rien de décisif, si le vague des dépositions vient replacer le juge en présence des énonciations contradictoires des livres, le principe de leur indivisibilité reprendra son empire et la demande sera repoussée.

749. — La seconde catégorie comprend essentiellement des titres faits contrairement aux dispositions des articles 1325 et 1326, c'est-à-dire l'acte non fait ou ne mentionnant pas qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a d'intérêts distincts, et l'acte non écrit de la main du débiteur, ou dont la signature n'est pas précédée d'un bon ou approuvé écrit par lui.

750. — L'ancienne jurisprudence était fort sévère à l'endroit des premiers. Le parlement de Paris leur refusait tout effet quelconque. Il considérait leur nullité comme tellement absolue, qu'il n'hésitait pas à la consacrer même dans le cas où l'acte avait reçu son exécution.

Cette doctrine était fortement blâmée par les jurisconsultes les plus éminents, comme confondant deux choses devant rester éternellement distinctes, à savoir : ce qui est de l'essence du contrat, ce qui forme le *vinculum obligationis*, et ce qui est relatif à la preuve du contrat. « Dès l'instant, dit Merlin [1], que deux parties ont donné leur consentement, l'obligation est formée ; et, soit que l'on puisse la prouver ou non, elle n'en a pas moins la vertu intrinsèque de lier les contractants. En bonne logique, le défaut de preuve d'un acte ne peut en emporter la nullité ; il n'en peut résulter qu'un empêche-

[1] *Rép.*, v° *Double écrit*, n° 7.

ment de fait à son exécution, et si on parvient à réparer ce défaut, à lever cet empêchement par des preuves tirées d'ailleurs, pourquoi l'acte ne serait-il pas pleinement exécuté? »

751. — C'était donc en présence des dispositions sévères de la jurisprudence et des observations graves de la doctrine que se trouvait placé le législateur du Code. L'article 1325 nous indique son choix. En effet, cet article ne déclare pas l'acte nul, il se borne à le considérer comme non valable. Or, dire qu'un acte n'est pas valable, ce n'est pas reconnaître qu'il n'existe aucune obligation, c'est seulement proclamer que cette obligation n'est pas suffisamment prouvée. C'est ce que Toullier établit d'une manière victorieuse et sans réplique [1].

752. — Donc l'acte n'est pas nul; il est seulement insuffisant pour faire pleine preuve, pleine foi de la convention qu'il renferme. Cela posé, comment lui refuserait-on le caractère d'un commencement de preuve? Il est signé de la partie, il émane donc de celui à qui on l'oppose ou de son auteur. Il rend l'obligation très-vraisemblable, car on ne signe pas quand on n'est obligé à rien. Or, l'article 1347 n'exige rien autre chose pour trouver le commencement de preuve.

753. — Cependant, l'opinion que l'acte non fait double peut constituer un commencement de preuve n'est pas unanimement adoptée. Quelques auteurs, et parmi eux Duranton [2], soutiennent la négative. Ils ne méconnaissent nullement les considérations que nous venons d'exposer; mais, disent-ils, le Code exige l'égalité de position et de moyens de preuve dans ceux qui forment des conventions obligatoires de part et d'autre, ce qui n'existe pas évidemment pour la partie qui n'a pas eu d'acte, ou qui est censée n'en avoir pas eu, si celui qui est produit par l'autre partie ne contient pas la mention du nombre d'originaux qui ont dû être faits.

Cette opinion méconnaît ouvertement le texte et l'esprit de l'article 1325, et ajoute à sa disposition une pénalité que le législateur a formellement repoussée. Nous venons de le dire, l'article 1325 ne dit qu'une seule chose, à savoir : que le titre fait contrairement à ses prescriptions n'est pas valable, c'est-à-dire qu'il ne fait pas par lui-même pleine foi de ce qu'il renferme. Il n'exclut donc pas la possibilité de le compléter par la preuve même testimoniale; ce qui le démontre, c'est que la nullité prononcée par l'ancienne jurisprudence n'a pas été adoptée. C'est pourtant à cette nullité absolue et radicale qu'on arrive dans l'opinion que nous combattons.

Le reproche de blesser l'égalité voulue par la loi nous touche peu. Nul ne peut se créer un titre de sa propre faute, et celui-là commet évidemment une faute grave, qui, malgré la disposition de l'article 1325, traite sans donner à la convention synallagmatique les formes qu'elle doit recevoir. Cette faute doit d'autant plus être prise en considération, que l'omission qui la constitue peut n'être que le résultat d'un calcul frauduleux. S'il est vrai, en effet, que la partie retenant la minute unique de l'acte a pu vouloir se ménager la faculté de demander l'exécution de la convention ou de la refuser, il peut se faire aussi que l'existence de cette minute unique ou le défaut de mention du nombre des originaux ne soit, de la part de l'autre partie, qu'un moyen calculé pour se soustraire à ses engagements s'ils venaient à être trop onéreux pour elle.

Cette perspective indique qu'il n'y a de réellement équitable que le parti adopté par le législateur. De cette manière chacune des parties supporte la peine de la faute qu'elle a commise : la première, par la nécessité où elle est placée de compléter le titre et de fournir une preuve qui ne sera pas toujours possible, et sans laquelle cependant le titre ne pourra sortir à effet; la seconde, par la nécessité de subir cette preuve et de se soumettre à ses résultats.

En résumé, l'acte non fait double, ou ne mentionnant pas qu'il l'a été, réunit les conditions de l'article 1347. Il émane de la partie à qui on l'oppose; il rend le fait vraisemblable. D'autre part, l'article 1325 n'a pas prononcé la nullité du titre, il n'a donc nullement dérogé à la règle générale tracée par l'article 1347. Le juge peut donc admettre cet acte comme un commencement de preuve par écrit, et recevoir le porteur à prouver par témoins, soit que, contrairement à ce qui résulte du titre lui-même, on a réellement fait autant d'originaux qu'il y avait d'intérêts distincts, soit l'existence de l'obligation elle-même [3].

754. — Ce qu'on décide dans le cas de l'article 1325 doit être décidé dans l'hypothèse de l'article 1326. Ainsi l'obligation non écrite par le souscripteur, qui ne renfermera pas le bon ou approuvé en toutes lettres de la somme ou des clauses y énoncées, ne fera pas par elle-même titre suffisant. Mais les tribunaux sont

[1] T. VIII, nos 310 et suiv.
[2] T. XIII, no 164.
[3] Merlin, *Rép.*, vo *Double écrit*, no 8; Toullier, t. IX, no 84; Troplong, *de la Vente*, no 33.

autorisés à l'admettre comme un commencement de preuve par écrit.

Cette solution s'induisant comme la précédente des termes dont s'est servi le législateur, acquiert ici un nouveau degré d'évidence par la comparaison de l'article 1326 avec la législation précédente. On sait, en effet, que la déclaration de 1733 frappait d'une nullité radicale et absolue les billets qui ne seraient pas écrits ou du moins dont la somme ne serait pas approuvée en toutes lettres de la main de celui qui les avait souscrits, lequel, néanmoins, était tenu d'affirmer sous serment qu'il n'en avait pas reçu la valeur. Étaient exceptés de cette règle les billets faits par les banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs et autres de pareille qualité.

Cette loi admettait donc la présomption de surprise, devenant une présomption *juris* et *de jure* par le serment du débiteur. Mais, comme le remarque Toullier, elle avait, entre autres inconvénients graves, celui de ne protéger que la classe des citoyens instruits et non la classe la plus nombreuse de la société, la plus facile à surprendre. Aussi, et malgré la précision de ses termes, la doctrine enseigna-t-elle qu'elle pouvait être modifiée par les circonstances. Cette opinion fut sanctionnée par la jurisprudence. Les parlements n'hésitaient pas à valider l'obligation, lorsque la présomption de surprise leur paraissait repoussée par les faits de la cause.

Une pareille contradiction entre la loi, la doctrine et la jurisprudence, signalait trop les vices de la première et devenait un enseignement utile pour le nouveau législateur. Ce qui prouve qu'il en a profité, c'est que le Code ne dit plus que l'acte fait contrairement aux dispositions de l'article 1326 *sera nul et de nul effet et valeur*. Comment, dès lors, atteindre à un résultat identique à celui que prescrivait la loi de 1733?

La différence dans les termes doit en déterminer une dans les conséquences, et cette dernière ne peut être que celle que nous indiquons, à savoir : que sous l'empire du Code, l'acte n'étant plus radicalement nul peut servir de commencement de preuve. Ce résultat se légitime parfaitement, d'abord parce que la signature, quoique isolée, n'en émane pas moins de la partie, ensuite parce que cette signature apposée au bas d'une obligation la rend évidemment vraisemblable.

Sans doute l'article 1326 ayant consacré une exception pour les billets ou actes émanés de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, on pourrait être tenté de lui reprocher de n'avoir pas assez protégé la classe la plus nombreuse, la plus facile à surprendre, celle, par conséquent, qui avait le plus besoin de protection. Mais le législateur ne pouvait pas méconnaître un fait évident, à savoir : que dans ces classes il est une infinité de gens sachant à peine signer et pour lesquels la prétention de les soumettre aux formalités de l'article 1326 eût été une interdiction absolue de contracter sous seing privé, ce qui les exposait, dans tous les cas, aux frais d'un acte authentique. Il a donc eu raison de reculer devant une pareille charge.

D'ailleurs, l'admission de l'acte irrégulier comme un commencement de preuve contre tous les citoyens atténuerait singulièrement l'inégalité qu'on reprochait à la déclaration de 1733. Par ce moyen, en effet, l'acte pourra sortir à effet, alors même que la signature non précédée du bon ou approuvé appartiendra à une autre catégorie qu'à une de celles nominalement rappelées dans l'article 1326.

Ainsi, le titre ne réunissant pas les conditions voulues par l'article 1326 pourra servir de commencement de preuve [1]. La signature apposée à une obligation en rend l'existence et la réalité vraisemblables à un très-haut degré. Aucune difficulté sérieuse ne saurait donc s'élever lorsque l'irrégularité du titre n'est due qu'à l'absence du bon ou approuvé.

755. — Il n'en est pas de même lorsque le titre ne portant pas de signature est cependant écrit en entier de la main de celui à qui on l'oppose. Sans doute, et en droit, ce titre remplit la première condition exigée par l'article 1347. Nous avons déjà dit que cet article n'exige pas que l'écrit soit signé. Il suffit qu'il soit le fait de la partie ou de son auteur. C'est ce qui se réalise dans le cas que nous supposons.

Mais l'existence d'un pareil écrit rend-elle l'obligation vraisemblable? En logique rigoureuse, l'écrit non signé ne prouve qu'une seule chose, à savoir : que des négociations ont existé, qu'un projet a été préparé et communiqué, mais que les parties n'ont pu se mettre d'accord. On ne peut admettre, en effet, que non-seulement le débiteur a oublié de signer, mais encore que le créancier ne se soit pas aperçu de cette omission, en acceptant un pareil titre.

D'autre part, il n'est pas probable non plus que le débiteur n'ait pas demandé la restitution du projet écrit par lui et se soit ainsi exposé à

[1] Toullier, t. IX, nos 81 et suiv.; Duranton, t. IV, nos 1282-83.

voir le créancier en abuser à son détriment. Il y a donc motif de douter et, dès lors, nécessité de procéder à une instruction qui ne peut être que l'audition des témoins fournis de part et d'autre. C'est ce que la cour de cassation a consacré en décidant que l'écrit non signé par son auteur peut servir contre lui de commencement de preuve [1].

756. — L'acte authentique fait foi contre tous des stipulations qu'il renferme. Mais un acte n'est authentique que si l'officier public qui l'a reçu avait qualité pour le recevoir ; que si les formes voulues par la loi ont été remplies. L'incompétence du premier, la violation des secondes frappent l'acte de nullité.

Mais il importe de remarquer que cette nullité atteint plutôt l'instrument prouvant l'obligation que l'obligation elle-même. Nous avons déjà vu, en effet, que le lien légal, que le *vinculum obligationis,* est indépendant de la forme par laquelle les parties l'ont constaté ; que l'effet de celui-ci disparaissant, celui-là n'en existe pas moins, sauf le mode de preuve qu'il est loisible aux contractants de produire.

L'acte authentique, nul pour incompétence de l'officier qui l'a reçu ou pour violation des formes, perd l'authenticité devant en assurer l'exécution, mais le consentement des parties reste. L'acte vaut comme sous seing privé et doit être apprécié comme tel.

757. — Dès lors, c'est par les considérations que nous avons présentées en traitant la seconde catégorie qu'on doit résoudre la difficulté. Ainsi, de deux choses l'une : ou l'acte annulé sera revêtu de la signature des parties, ou il mentionnera qu'elles ont su ou pu signer. Dans ce second cas, la nullité de l'acte entraînera celle de la convention, car il n'y aura aucun moyen de la prouver. En effet, l'acte valant comme sous seing privé, n'étant ni écrit ni signé par les parties, n'émane, évidemment, ni de l'une ni de l'autre.

Mais si chacune d'elles a signé, l'acte vaudra comme commencement de preuve et permettra d'établir l'obligation par la preuve testimoniale [2].

758. — Nous nous sommes occupés jusqu'à présent d'écrits constituant un titre dont la régularité dispenserait de toute autre justification. Il est d'autres écrits qui, sans constituer jamais un titre définitif, peuvent faire présumer un engagement quelconque et autoriser à en prouver par témoins l'existence. Dans cette catégorie se place notamment la correspondance.

La doctrine et la jurisprudence offrent de nombreux exemples de lettres missives jugées suffisantes pour rendre admissible la preuve de l'obligation alléguée ; nous nous contenterons d'en citer quelques-uns.

1° Un particulier prétend avoir confié à un autre une somme d'argent, et il n'en produit d'autre preuve qu'une lettre dans laquelle ce dernier écrit : *Je vous satisferai sur ce que vous savez.* Cette mention rend vraisemblable le fait du dépôt et la lettre forme un commencement de preuve permettant de l'établir par témoins.

2° Vous m'avez écrit une lettre pour me prier de compter à votre fils, qui en est porteur, 300 francs dont il a besoin pour ses études, j'ai compté la somme, mais sans en prendre un reçu. La lettre que je représente constitue un commencement de preuve et autorise à établir la remise alléguée.

3° La cour de cassation a jugé que la lettre missive reconnaissant l'existence d'une dette, sans toutefois en déterminer le *quantum,* créait un commencement de preuve suffisant pour être recevable à justifier par témoins que cette dette est supérieure à 150 francs [3]. Dès lors la lettre par laquelle le débiteur écrit qu'il ne peut rembourser l'argent qu'on lui a prêté, et promet de vendre une partie de maison pour s'acquitter, peut être utilement invoquée comme constituant un commencement de preuve et rendre admissible la preuve testimoniale d'une obligation de 2,400 francs, alors même que l'auteur de la lettre prétendrait que la somme réellement prêtée est de beaucoup inférieure.

4° Enfin la lettre, annonçant qu'on a reçu en prêt une somme de cent..., peut servir à prouver soit l'existence d'une dette de cent et une fraction, comme 120, 150, etc., soit une dette de cent écus, de cent louis, etc.

En résumé, tout ce qui tend à faire supposer une obligation rend vraisemblable l'allégation de son existence ; la preuve testimoniale peut dès lors être invoquée à l'effet de compléter une justification encore incomplète. Elle peut donc être ordonnée, si d'ailleurs des faits reconnus constants ne créent pas une vraisemblance contraire plus puissante et plus décisive.

759. — L'écrit émané de l'auteur de la partie a contre cette partie la même autorité que s'il

[1] 4 février 1829, 6 février 1839 ; J. D. P., 1839, t. I, p. 274.

[2] Liége, 9 juillet 1812 ; *Conf.*, Pothier, Toullier, Duranton, Dalloz, Solon.

[3] 29 prairial an XIII ; Pothier, nos 370 et suiv. ; Toullier, t. VIII, nos 322 et suiv. ; t. IX, nos 108 et suiv. ; Dalloz, *Dict. alph.*, vo *Preuve testimoniale,* nos 177 et suiv.

émanait d'elle. Il ne faut pas, pour qu'il en soit ainsi, que cet auteur soit celui auquel on se trouve avoir succédé *in universum jus;* il suffit qu'on soit, à un titre quelconque, devenu son représentant. Ainsi l'acquéreur, le donataire ou le légataire est l'ayant cause du vendeur, du donateur ou testateur. Mais cette qualité se restreignant à l'objet faisant la matière de la vente, de la donation ou du legs, ce n'est que par rapport à cette chose même que l'écrit émané de l'un pourrait être invoqué contre l'autre.

760. — Le mandataire n'est pas l'auteur du mandant, il est mieux encore, il est le mandant lui-même; conséquemment l'écrit émané du premier et se référant à l'objet de sa mission réunira les conditions exigées par l'article 1347 du Code civil, et pourra fonder contre le second le commencement de preuve par écrit.

C'est ce que la cour de cassation a consacré, en jugeant, le 7 mars 1831, que la déclaration faite et signée au bureau de paix par le mandataire d'une partie a pu être considérée comme un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre des présomptions graves, précises et concordantes, et pour décider qu'un billet de plus de 150 francs a été payé.

Ce qui a été admis pour le mandat exprès l'a été également pour le mandat tacite. Ainsi la cour de Metz a vu un commencement de preuve contre la belle-mère, dans l'acte émané du gendre, alors qu'il est certain que le gendre était dans l'usage de faire les affaires de celle-ci [1].

761. — Enfin la cour de Toulouse a jugé, le 25 novembre 1831, que le commencement de preuve de la libération d'un débiteur peut résulter des registres d'un notaire, dépositaire de sommes appartenant à ce débiteur, constatant des emplois, tels que prêts ou acquisitions faits par le créancier, de partie de sommes déposées, versées entre ses mains par le notaire, à l'acquit du débiteur. Cet arrêt se fonde d'abord sur ce que le dépôt étant réalisé dans l'intérêt du créancier, le notaire devient son mandataire pour les sommes par lui reçues; ensuite sur ce que les actes constatant l'emploi étant signés par le créancier, l'énonciation des registres se trouve ainsi confirmée par un écrit émané personnellement du créancier lui-même [2].

762. — En résumé, les simulations concertées par les parties ne peuvent nuire aux tiers, ceux-ci sont toujours recevables à en faire la preuve par témoins. Ils sont placés, en regard de la prohibition de l'article 1341, dans l'exception de l'article 1348; ils n'ont jamais été en position de se procurer une preuve écrite.

Il n'en est pas ainsi des parties, chacune d'elles a pu et dû se procurer cette preuve. L'absence de celle-ci ne leur permet donc pas d'invoquer la preuve testimoniale, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit.

L'aveu, alors même qu'il ne porte que sur la simulation de la cause exprimée, la déclaration judiciaire constatée, l'écrit émané de la partie ou de son auteur, peut fonder le commencement de preuve, s'il rend le fait allégué vraisemblable. L'appréciation de ce caractère appartient souverainement au tribunal investi.

763. — La fraude *de contractu in contractum* consiste, avons-nous dit, à dissimuler, sous l'apparence d'une convention licite, l'existence d'un contrat nul comme contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Sa perpétration exige donc le concours des parties; de là la question de savoir si l'une d'elles sera recevable à prouver par témoins le véritable caractère de l'acte.

La solution de cette question est sans intérêt, lorsqu'il s'agit d'une simulation licite, c'est-à-dire lorsque les parties, ayant réellement contracté et ayant pu le faire valablement, ont cependant donné à leur convention une autre forme que celle qu'elle devait recevoir. Telle serait l'hypothèse d'une libéralité déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux; d'une vente déguisée sous la forme d'un échange, ou réciproquement.

A quoi bon en effet recourir à une preuve, si le fait à prouver étant admis, il n'en doit pas moins rester un droit d'un côté, une obligation de l'autre? Or, tel sera inévitablement le résultat de la preuve que l'acte qualifié vente n'est qu'un échange ou qu'une libéralité, si d'ailleurs la partie poursuivante était capable de donner ou d'échanger : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

764. — Il est cependant une exception à l'irrecevabilité de la preuve, à savoir : lorsque s'agissant d'une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, l'auteur de cette donation aurait un intérêt à en faire déterminer le véritable caractère. On sait que la donation est révocable pour cause d'ingratitude ou par survenance d'enfants. Cette double éventualité crée donc un droit certain et d'un grand intérêt pour le donateur. Il devrait donc, sur sa demande, être reçu à prouver que l'acte, quelles que

[1] 22 mai 1828.

[2] D. P., 34, 2, 35.

soient les apparences, n'est en réalité qu'une donation.

765. — Ainsi le véritable motif de la prohibition de la preuve testimoniale contre ceux qui ont concouru à une simulation licite est l'absence de tout intérêt. La proposition contraire, c'est-à-dire l'existence d'un intérêt, se réalisant, cette prohibition tombe et fait place au droit de faire restituer à l'acte son véritable caractère.

Mais au-dessus de l'intérêt personnel se place l'intérêt public; celui-ci ne pouvait tolérer qu'on pût impunément violer la loi, blesser la morale ou outrager les mœurs. Conséquemment la simulation, ayant pour objet de masquer l'un de ces trois buts, est frappée d'une nullité radicale que les parties elles-mêmes peuvent invoquer.

De là il suit qu'elles sont recevables à prouver par témoins toutes les circonstances constitutives du fait prohibé ou illicite. On ne saurait admettre le contraire sans consacrer ce singulier résultat : que la loi qui veut la fin aurait refusé les moyens.

Vainement donc voudrait-on exciper de ce brocard que nous avons si souvent rappelé : *Nemo auditur*. Personne ne peut offenser directement la loi, ni faire ce qu'elle prohibe. Personne surtout n'est autorisé à retenir les avantages qui n'ont d'autre origine que le mépris d'une prescription d'ordre public.

766. — C'est ce que la jurisprudence n'a pas cessé de consacrer dans toutes les hypothèses. Ainsi la loi refusant toute action pour dette de jeu, le joueur, poursuivi en vertu d'une obligation même authentique, est admis, nous l'avons déjà dit, à prouver par témoins que le titre en vertu duquel on le poursuit n'a été créé que pour dissimuler une dette de jeu, et à se réfugier dans le bénéfice de l'article 1965.

Ainsi encore la loi exige dans un intérêt social que la cession d'un office ne puisse comporter un prix plus élevé que celui indiqué dans le traité soumis à l'approbation du gouvernement. Le supplément de prix, consenti au mépris de cette prohibition, quelque précaution qu'on ait mise à le déguiser, ne peut donc être exigé, il peut de plus être répété après payement. Dès lors le souscripteur, débiteur de ce supplément, est toujours autorisé à prouver par témoins le véritable caractère soit du titre en vertu duquel on le poursuit, soit du payement dont il demande la restitution ou l'imputation sur le prix patent.

Ainsi, enfin, l'obligation consentie en faveur de l'incapable pourra toujours être attaquée par le souscripteur lui-même, et il suffira qu'il soit justifié qu'elle n'avait pas d'autre objet que celui de violer la loi, pour qu'elle soit frappée d'impuissance et déclarée nulle. On ne peut donner indirectement lorsqu'on n'a pas le droit de le faire d'une manière directe, et ce principe deviendrait bientôt d'une application impossible si celui qui a tenté de l'éluder ne pouvait plus tard revenir de sa première résolution.

La fraude contre la prohibition expresse de la loi, lorsqu'elle a pour objet de méconnaître l'intérêt public, les bonnes mœurs, peut donc toujours être prouvée par témoins. On peut renoncer à un droit personnel, à un intérêt privé, on ne renonce jamais à ce qui intéresse la société tout entière. Les prohibitions fondées sur l'ordre public ont essentiellement ce caractère.

767. — Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, celle par présomptions l'est également, de telle sorte que sans recourir à la première, le magistrat peut définitivement prononcer, si les circonstances du procès lui paraissent le comporter.

768. — Les présomptions sont définies par la loi : des conséquences qui se tirent d'un fait connu à un fait inconnu. Il suit de cette règle :

1° Que la présomption diffère de la preuve, en ce que celle-ci fait foi directement et par elle-même d'un fait, tandis que la présomption en fait foi par une conséquence tirée d'un autre fait [1];

2° Que la présomption a avec la preuve une source commune, une même origine quant à leur certitude; car leur force consiste dans la conséquence certaine qu'on peut tirer de quelque vérité connue pour en conclure la vérité dont on cherche l'existence [2];

3° Que la présomption offre plus ou moins de certitude, suivant que la liaison existant entre la vérité connue est plus ou moins nécessaire [3].

Ainsi, si la conséquence tirée du fait certain est nécessaire, s'il est impossible que, ce fait acquis, le second soit douteux, la présomption devient preuve. J'étais, dit Domat, à cent lieues de mon domicile le jour où l'on prétend que j'y ai signé un acte ; ce fait constant, il en résulte la conséquence forcée que la date donnée à l'acte est fausse.

S'il n'y a pas de conséquence absolument nécessaire entre le fait connu et celui qu'il s'agit d'établir, les présomptions ne sont plus que des

[1] Pothier, n° 806.
[2] Toullier, t. X, n° 1.
[3] Toullier, t. X, n° 25.

conjectures, des probabilités que le juge peut repousser ou admettre selon qu'il les juge graves, précises et concordantes.

769. — Nous avons déjà expliqué la valeur de ces mots et les obligations que leur appréciation impose au demandeur en preuve [1]. Nous terminerons donc notre sujet par la question de savoir s'il existe, en matière de simulation, des faits devant plus particulièrement influer sur la reconnaissance.

Résoudre cette question par une affirmative absolue, serait méconnaître le caractère du pouvoir confié aux tribunaux. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que la doctrine a de tout temps appelé l'attention des magistrats sur des circonstances pouvant plus facilement faire admettre la fraude. Telles sont, au dire de notre savant confrère Dubreuil : « la qualité des parties, la rétention de possession entre personnes suspectes, la vileté du prix, le pacte de réméré, la location, le défaut de moyens de l'acquéreur ou du prêteur, l'aisance du vendeur ou emprunteur; l'acte privé; le défaut de réelle numération dans l'acte authentique; le secret; le temps; le lieu; les précautions suspectes; les actes antécédents ou subséquents, etc... »

Chacune de ces présomptions, comme l'observe Dubreuil lui-même, n'a par elle-même rien de décisif, mais on comprend que la réunion de plusieurs d'entre elles peut déterminer la conviction du juge. Nous l'avons déjà dit, c'est surtout pour les présomptions qu'a été dictée la règle : *Quod sicut quæ non prosunt singula multa juvant, ita e contra quæ non nocent singula multa nocent.* Il est évident que si on exigeait une certitude parfaitement démontrée, il était inutile de permettre de recourir soit à la preuve testimoniale, soit surtout à celles par présomptions. Celles-ci ne sont que des conjectures, des probabilités. La faculté de les accueillir indique le pouvoir du juge. On ne pouvait, dans l'exercice de ce pouvoir, que s'en référer au juge lui-même qui se prononcera dans tous les cas en faveur du parti que sa conviction lui indiquera comme le plus probable.

CHAPITRE II.

FRAUDE CONTRE LA PARTIE CONTRACTANTE.

SOMMAIRE.

770. — Définition.
771. — Rapport et différence entre cette fraude et le dol.
772. — La fraude poussée jusqu'à de certaines limites constitue des délits ou des crimes atteints par la loi pénale.
773. — La fraude contre la partie, étant assimilée au dol, est régie, quant à sa poursuite, par les principes tracés pour celui-ci.

770. — Cette fraude dite *de re ad rem* est celle qui est employée par un des contractants au détriment et à l'insu de l'autre. Elle peut être définie, toute tromperie, toute action de mauvaise foi, exécutée dans le dessein de se procurer un avantage illicite au préjudice et aux dépens de celui avec qui on traite.

771. — Cette fraude a donc, dans ses effets, un point de contact intime avec le dol, mais elle en diffère essentiellement dans ses conditions constitutives. Ce qui caractérise celui-ci, c'est, nous l'avons déjà dit, la résolution de tromper et l'existence d'un préjudice, *consilium et eventus.* La fraude, au contraire, gît tout entière dans le résultat poursuivi et obtenu à l'aide de moyens illégitimes, *fraus non in consilio sed in eventu.* Ainsi, un acte sérieux et légitime dans son origine, un jugement légalement poursuivi et justement prononcé, peut devenir, par le mode de son exécution, l'occasion d'une fraude préjudiciable. Dès lors celui qui en demande la répression n'a pas à justifier d'une pensée préexistante dont l'acte lui-même n'aurait été que l'exécution. Il lui suffit de prouver le préjudice dont il se plaint et l'illégitimité du fait dont il découle, pour qu'il obtienne immédiatement la réparation qui lui est due.

772. — La fraude poussée jusqu'à de certaines limites constitue des délits ou des crimes atteints par la loi pénale. C'est ainsi que les vols, les filouteries, l'abus de confiance, la violation du dépôt, la tromperie sur la nature de la marchandise, ne sont que des fraudes véritables, singulièrement aggravées par les circonstances qui les ont vues se produire. Ces matières restant étrangères au cadre que nous nous sommes tracé, nous nous bornerons à faire remarquer que l'action en répression, au point de vue de l'intérêt public, reste sans influence sur la réparation due à la partie lésée. Cette réparation peut être poursuivie concurremment avec l'action criminelle, ou devenir l'objet d'une demande particulière et indépendante. Il y a plus, le fait qualifié crime ou délit pourrait disparaître sans que la fraude eût par cela même cessé d'exister. La décision du juge criminel, tant sur la poursuite du ministère public que sur l'action civile elle-même, ne s'appliquant qu'à la culpabilité du prévenu, ne créerait, en cas d'acquittement,

[1] *Vid. suprà*, nos 255 et suiv.

aucune fin de non-recevoir contre l'action en répression de la fraude [1].

773. — Les règles applicables à la poursuite du dol sont parfaitement applicables à celle de la fraude consommée à l'insu et au détriment de la partie. La preuve testimoniale, admissible pour l'un, ne saurait être refusée pour l'autre. Cette fraude, en effet, ressemble tellement au dol, qu'il est d'usage dans la pratique de les réunir et de les confondre.

Comme le dol lui-même, la fraude contre la partie est souvent présumée. C'est ce que nous venons d'établir, c'est ce que nous allons plus directement démontrer en recherchant les divers effets qu'elle entraîne, selon le contrat dans lequel elle s'est produite.

SECTION I.

FRAUDE DANS LES MARIAGES.

SOMMAIRE.

774. — Division.

774. — Nous avons déjà parlé du dol ayant pour objet de tromper sur la personne du conjoint, sur ses qualités civiles ou morales, sur sa fortune; il nous faut maintenant aborder les fraudes qui peuvent se commettre dans les stipulations qui précèdent le mariage, suivre les époux dans la vie commune, assister à la dissolution de l'union. Le mariage, en effet, déterminant la confusion des intérêts et des biens des époux, offre à la mauvaise foi des occasions nombreuses et faciles à exploiter. La fraude peut donc s'exercer au point de départ du mariage, se continuer pendant sa durée au préjudice de l'époux, de la famille elle-même; survivre même à la cause qui en a entraîné la dissolution. Il faut donc l'examiner dans chacune de ces trois périodes.

§ Ier.

Fraude dans les stipulations matrimoniales.

SOMMAIRE.

775. — Caractère des conventions matrimoniales. — Conséquences de la fraude.
776. — Facilité pour celle-ci de se produire. — Moyen de la prévenir.
777. — Irrévocabilité des conventions matrimoniales. — Elles ne peuvent être modifiées après la célébration.
778. — Conditions pour la validité des modifications consenties avant la célébration. — Authenticité de l'acte les renfermant.
779. — Présence et consentement de toutes les parties.
780. — Le consentement doit être donné dans l'acte modificatif. — Tout consentement ultérieur resterait sans effets.
781. — Obligation de rédiger les modifications à la suite de la minute de l'acte primitif. — Responsabilité du notaire.
782. — Après la célébration, les conventions matrimoniales ne peuvent subir aucune modification. — Nullité absolue de celles qui auraient été consenties.
783. — Les difficultés que ce droit fera naître seront donc de pures questions de fait.
784. — Mode d'appréciation.
785. — Exemples de modifications ou contre-lettres déclarées sans effets.
786. — La règle d'après laquelle le droit ancien n'annulait que les changements détériorant le sort de la dot ne peut plus être suivie.
787. — Mais on doit encore aujourd'hui distinguer la contre-lettre ou le changement des modifications pouvant résulter de l'exécution naturelle de l'obligation contractée.
788. — Application de ce principe à l'acte par lequel le père, la mère, ou tous les deux renoncent, au profit de leur enfant, à un avantage résultant de leur contrat de mariage; à la dation d'une hypothèque non stipulée.
789. — Les principes régissant les époux et leurs parents s'appliquent aux tiers qui ont été parties dans le contrat de mariage.
790. — La demande en nullité des changements ou contre-lettres illicites peut être exercée par la partie elle-même.
791. — L'exécution donnée pendant la durée du mariage ne crée aucune fin de non-recevoir contre la demande.
792. — Conséquemment l'action est imprescriptible tant que le mariage n'a pas été dissous.
793. — Les conventions et les avantages obtenus par dol ou fraude peuvent être révoqués sur la demande de l'époux trompé.
794. — Fraudes dont la constitution de dot est susceptible.
795. — Obligation pour le mari de poursuivre la rentrée de la dot. — Sa responsabilité.
796. — La quittance d'une dot non reçue constitue une libéralité que les réservataires peuvent faire réduire; que les créanciers peuvent faire annuler.
797. — La reconnaissance d'une dot non réellement faite peut, si le mariage n'a pas été célébré, être annulée sur la preuve écrite de sa simulation.
798. — La quittance de la dot, sous pacte secret de se contenter d'une moindre somme, oblige à restituer la somme portée dans le contrat de mariage, le pacte secret étant une contre-lettre nulle.
799. — La quittance donnée *spe futuræ numerationis* oblige également à restituer les sommes censées reçues.
800. — La contre-lettre fixant la véritable signification de la quittance ne pourrait être opposée à la femme.
801. — *Quid* si au lieu d'une contre-lettre le mari avait reçu des effets pour le montant de la dot?
802. — La quittance, par le père de l'époux, de la dot touchée par celui-ci pourrait être attaquée comme constituant une libéralité.

775. — Le contrat de mariage règle les conditions sous l'empire desquelles la famille des époux et les époux eux-mêmes ont entendu contracter. Les stipulations de ce contrat ont ce double caractère : qu'elles sont dans l'intérêt des

[1] *Vid. suprà*, n° 19.

deux époux, dans celui des enfants à naître du mariage; qu'elles sont essentiellement corrélatives, en ce sens que les avantages faits à l'un ne sont que l'équivalent de ceux rapportés par l'autre. L'acte qui atténuerait ou anéantirait les uns serait donc une véritable fraude nuisible même aux époux, préjudiciable aux enfants, puisqu'il diminuerait d'autant les ressources destinées au soutien des charges du mariage. Il violerait de plus, et d'une manière viscérale, le caractère de réciprocité qui faisait la loi du contrat.

Les conséquences de cette fraude pour l'avenir de l'union, la paix du mariage; l'influence funeste qu'elle peut exercer sur les relations des époux, sur le sort des enfants à naître du mariage, devaient appeler toute l'attention du législateur dont les efforts devaient tendre non-seulement à la réprimer, mais même à la prévenir.

776. — Or, les moyens à l'aide desquels cette fraude devait se réaliser sont extrêmement faciles : *Clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel quod vere gestum est, aboleri* [1]. Il n'y avait donc pas à hésiter sur la marche à adopter. Assurer l'inviolabilité des stipulations matrimoniales, les imposer obligatoirement aux époux, à leurs familles, telles qu'elles avaient été stipulées, telles étaient les mesures que la prudence conseillait et que notre loi a sanctionnées.

777. — En principe donc, les conventions matrimoniales sont irrévocables. Toutes dérogations sont de plein droit présumées frauduleuses et, comme telles, frappées d'une nullité radicale. Mais cette irrévocabilité n'est acquise qu'à partir de la célébration du mariage. La raison indiquait qu'on ne pouvait gêner la liberté des transactions, tant que cette célébration n'est qu'un événement conditionnel et futur qu'il s'agit de préparer.

778. — Les modifications sont donc permises avant le mariage. Mais ces modifications ne sont valables que sous certaines conditions. Ainsi il faut :

1° Que les changements au contrat primitif soient constatés par acte passé dans les mêmes formes que le contrat lui-même. Cette exigence se justifie non-seulement par l'intérêt des époux, mais encore par celui des tiers obligés de subir la loi du contrat, sans y avoir en rien participé. Un acte sous seing privé, alors même qu'il eût acquis date certaine par l'enregistrement, pouvait être facilement soustrait à la connaissance des parties intéressées. Déposé entre les mains de l'époux, il pouvait être caché ou produit suivant les besoins. Des difficultés nombreuses pouvaient surgir d'un pareil état des choses, il était donc sage de les prévenir.

D'ailleurs, après les changements, il n'y a pas d'autre contrat de mariage que celui qui ressort des modifications faites au premier. L'acte qui contient ces modifications est donc le véritable, le seul contrat, et puisque celui-ci ne peut être qu'authentique, on ne pouvait, sans inconséquence, dispenser de l'authenticité les accords substitués aux conventions primitives.

779. — 2° Que les changements soient faits en présence et du consentement simultané de tous ceux qui ont été parties au contrat. La loi ne considère pas comme parties au contrat les nombreux parents qui assistent les époux dans cette solennité. Elle ne reconnaît cette qualité qu'à ceux qui, parents ou étrangers, sont intervenus activement au contrat soit en constituant l'apport des époux, soit en ajoutant par des libéralités quelconques aux avantages concédés par la famille. Ceux-là seuls doivent donc concourir aux modifications nouvellement convenues, et les approuver. Le motif nous l'avons déjà indiqué. Les stipulations du contrat de mariage sont corrélatives, tel ne donne à l'un des époux que parce que tel autre en agit de même envers le conjoint. Conséquemment, annuler une libéralité c'est enlever à l'autre le motif qui cependant l'a déterminée, et c'est ce qu'admet la loi, tant que l'auteur de celle-ci n'a pas déclaré le contraire en souscrivant lui-même au changement projeté.

780. — Notons que ce consentement doit être donné au moment même de l'acte modificatif et conster de cet acte même. L'assentiment rapporté à une époque postérieure ne couvrirait donc pas la nullité radicale dont l'absence de la partie intéressée a frappé les modifications faites aux conventions premières.

Ce n'est pas seulement en faveur de ces parties que la loi a cru devoir les appeler, cette précaution a aussi pour but l'intérêt bien entendu des époux que l'on a voulu protéger contre l'excès de leur affection, contre les piéges qu'une famille adroite et intéressée peut semer sur leurs pas. Trop souvent, dit Plasman, les fêtes de l'hymen cachent dans les époux, et surtout dans ceux qui les entourent, des projets d'ambition ou des sentiments de cupidité contre lesquels il était prudent d'accumuler tous les obstacles pos-

[1] L. 27, Cod., *de donat.*

sibles [1]. Or, c'était déserter ce devoir que de permettre aux époux de modifier la loi de leur contrat à leur volonté, hors la présence de ceux qui, par leur qualité ou leurs bienfaits, doivent s'intéresser à leur sort et les défendre contre un aveugle entraînement. Leur éloignement fait donc présumer la fraude que tout d'ailleurs favorise. Ainsi, ajoute Plasman, les relations que l'approche du mariage autorise offriront mille prétextes à l'époux pour, sous les apparences trompeuses d'une tendresse affectée, déterminer une jeune fille sans expérience à changer telles ou telles dispositions du contrat; à une belle-mère avide, la facilité d'entraîner un jeune homme passionné à consentir des stipulations dangereuses dans leurs effets et dont il ne pourrait, dans son aveuglement, prévoir à l'instant même les conséquences.

L'imminence du danger a paru telle au législateur, qu'il n'a pas hésité à considérer comme le résultat de l'irréflexion et de l'entraînement les modifications arrêtées hors la présence et sans le consentement de tous ceux qui ont été parties au contrat. C'est d'ailleurs dans le même sens que s'était prononcé notre ancien droit. Sous son empire, la clandestinité des stipulations nouvelles créait contre elles une présomption de fraude contre laquelle nulle preuve contraire n'était admise. « Ces modifications, dit Pothier, peuvent ne pas être vicieuses; néanmoins, l'affectation des conjoints de cacher à leurs parents et au public leurs conventions, en les faisant à part et par un acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les époux ont eu honte et qui doivent pour cela être présumées avoir été dictées plutôt par la passion que par de justes motifs [2]. »

Ainsi, d'une part, forme authentique; de l'autre, présence et concours simultané de tous ceux qui ont figuré au contrat, telles sont les conditions imposées à la validité des changements apportés au contrat de mariage avant sa célébration. L'inexécution d'une de ces conditions, comme la violation de toutes deux, rend l'acte modificatif une contre-lettre vaine et sans portée, frappée, même à l'égard des souscripteurs, d'une nullité radicale et absolue.

781. — A ces précautions prises dans l'intérêt des époux et des tiers parties au contrat de mariage, la loi en ajoute une autre en faveur des tiers absents du contrat. En effet, l'article 1397 dispose que tous changements ou contre-lettres, même revêtues des formes que nous venons de rappeler, seront sans effet à l'égard de ceux-ci, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage. Les tiers ne peuvent subir les stipulations matrimoniales qu'ils n'auraient pas connues et qu'ils ne peuvent connaître que par l'expédition du contrat à la suite de laquelle le notaire doit, à peine des dommages-intérêts des parties, transcrire tous les changements rédigés à la suite de la minute.

782. — Après la célébration du mariage, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir ni modifications, ni changements, sous quelque forme que ce soit. Il n'est plus au pouvoir des époux, des parents, des tiers parties au contrat de les altérer ou de les remplacer par d'autres. En conséquence, tout ce qui aurait été fait contrairement à cette prohibition, alors même que toutes les parties y auraient concouru et consenti, est, de plein droit et d'une manière absolue, considéré comme non avenu et nul.

Il importe, en effet, que les stipulations matrimoniales procèdent d'un consentement indépendant et libre. Or, le mariage consommé, il n'y a plus, pour un des époux du moins, ni indépendance, ni liberté. Ce qui, avant la célébration, peut n'être que le résultat de l'entraînement et de l'affection, pourrait n'être, après, qu'un calcul odieux, que le produit de la menace ou de la violence. On comprend d'ailleurs très-bien que certaines exigences auxquelles on se fût refusé même au prix de la rupture d'une union projetée deviennent forcément acceptables sous la menace de voir se dissoudre l'union consommée. Contre une pareille éventualité, il n'y avait qu'un seul remède efficace, celui édicté par les articles 1395 et 1396, à savoir : l'invalidité absolue, inévitable de tout ce qui aurait été fait. La fraude était si prochaine, si facile, si dangereuse, que le législateur l'a admise comme la cause unique de toutes les modifications apportées après le mariage aux stipulations du contrat.

En présence de dispositions si formelles, la question de droit ne saurait souffrir ou présenter la moindre difficulté. Il n'en sera pas de même de l'existence en fait de la modification ou du changement; on peut facilement prévoir que la fraude n'abordera jamais de front la barrière infranchissable que la loi lui a opposée; c'est par des moyens détournés, c'est sous l'apparence de l'acte le plus inoffensif qu'elle s'efforcera d'atteindre le but qu'elle s'est proposé.

[1] *Des Contre-lettres*, p. 72.

[2] *Introduction à la Communauté*, n° 13.

783. — Les procès que l'application des articles 1395, 1396 fera naître offriront donc exclusivement des questions d'appréciation du véritable caractère de l'acte signalé comme constituant une modification prohibée. Or, les éléments essentiels de cette appréciation résident tout entiers dans la véritable entente de la pensée du législateur.

784. — Cette pensée est indiquée par le texte même. Le terme *changement* employé par l'article 1396, ceux de *tous changements ou contre-lettres* dont se sert l'article 1397, embrassent, tant d'après leur sens naturel que d'après l'esprit de la loi, toutes conventions ou dispositions nouvelles, soit qu'elles modifient directement ou indirectement les clauses du contrat de mariage, soit qu'elles ne les modifient que d'une manière détournée en altérant ou neutralisant les effets que ces clauses devraient produire [1].

C'est donc en scrutant la pensée des parties, le but réel de l'acte, que les tribunaux parviendront à résoudre sainement le litige soumis à leur décision. Quelle que soit l'apparence donnée à la convention, si ses effets doivent agir sur une des clauses du contrat de mariage; si, sous prétexte même d'interprétation, elle donne à ses dispositions un sens incompatible avec celui qu'elles offrent naturellement, l'acte doit être considéré comme frauduleux et annulé sur la poursuite de toute partie intéressée.

785. — Par application de ces principes, il a été jugé : 1° que l'acte par lequel le mari consent à ce que la donation à lui faite par la femme soit réduite à l'usufruit de l'objet donné, est une contre-lettre qui n'a pu valablement être consentie après la célébration du mariage [2];

2° Qu'on doit annuler comme contre-lettre prohibée la reconnaissance faite par le mari postérieurement au mariage que, dans l'intention des parties contractantes, la dot constituée avec terme ne devait pas produire intérêt [3];

3° Qu'il doit en être de même de la déclaration qu'une somme, stipulée payable à une époque déterminée, ne sera exigible qu'au décès du constituant [4];

4° Que lorsqu'une rente a été constituée en dot dans le contrat de mariage, il y a changement prohibé dans l'acte par lequel on détermine, après le mariage, le capital de cette rente, on le déclare exigible à volonté, avec hypothèque pour la sûreté du payement [5].

786. — Cet arrêt est surtout remarquable en ce qu'il s'écarte d'une règle admise par notre ancien droit, à savoir : qu'il n'y avait nullité absolue que lorsque les changements grevaient la position des époux : *Quando nempe fit deterior conditio dotis.* Mais l'espèce dans laquelle il est intervenu rendait, dans tous les cas, ce tempérament inadmissible, puisque la nullité de l'acte était poursuivie par les créanciers du constituant, en force des dispositions de l'article 1167. Il ne peut dès lors être d'un grand secours, quant au principe considéré *in abstracto* et eu égard aux parties contractantes elles-mêmes.

Toutefois, nous devons dire que, même dans cette hypothèse, la doctrine de l'arrêt serait très-juridique. Le Code civil proscrit tous changements postérieurs au mariage, sans distinguer ceux qui améliorent la position des époux de ceux qui la rendraient pire. La nullité est absolue, et dès lors elle peut être invoquée même par ceux qui ont traité avec les époux. Toute la différence qu'il y aura donc entre ces deux cas, c'est que, dans l'un, la nullité sera poursuivie par les époux ou l'un d'eux, et que, dans l'autre, l'action sera intentée par l'autre partie.

Toute distinction de ce genre eût d'ailleurs offert le grave inconvénient de substituer à une règle positive l'appréciation incertaine des véritables conséquences de l'acte querellé, pouvant, sous l'apparence d'un avantage actuel, recéler un grave danger pour l'avenir des époux. Il était donc prudent de bannir la nécessité de cette appréciation en s'en référant au principe général consacré par la loi.

787. — Mais ce principe ne doit pas être poussé jusqu'à des limites trop extrêmes. On ne doit pas confondre l'exécution naturelle d'une obligation pouvant la modifier, avec les changements ou contre-lettres prohibés. Conséquemment, si l'acte souscrit après le mariage n'a pour objet que d'assurer aux stipulations matrimoniales le légitime développement qu'elles comportent, cet acte doit être maintenu. Ainsi la cour de cassation a jugé, le 19 janvier 1836, que la réserve du droit de retour autorisé par l'article 951, stipulée dans un contrat de mariage, avait été légalement anéantie par le partage que les ascendants ont fait plus tard de leurs biens entre tous les enfants, partage dans lequel chacun des enfants a rapporté soit fictivement, soit en nature, les biens qui lui avaient été donnés. Ce

[1] Cass., 31 janvier 1837; J. D. P., t. I, 1837, p. 636.
[2] Cass., 9 novembre 1824; Rennes, 16 mai 1823.
[3] Pau, 9 janvier 1838; J. D. P., t. II, 1839, p. 548.
[4] Aix, 7 mai 1847.
[5] Dijon, 17 juillet 1816.

partage, dit la cour régulatrice, loin de porter atteinte à la donation faite dans le contrat de mariage, en réalise au contraire les effets par un rapport suivi de l'attribution définitive d'une part plus étendue dans l'hoirie elle-même. C'est donc uniquement par ce partage que se réalise la possession ultérieure et non plus en vertu du contrat de mariage. Dès lors la réserve que celui-ci renferme ne saurait continuer de subsister.

788. — La même cour avait décidé, le 18 avril 1812, que la convention par laquelle des pères ou mères renoncent à quelqu'un des avantages résultant de leur contrat de mariage, au profit d'un de leurs enfants, ne peut être annulée comme contenant une dérogation au contrat de mariage, qu'elle n'en est plutôt que la juste exécution.

Enfin il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que l'hypothèque donnée après le mariage, à la sûreté des sommes promises dans le contrat, était valablement consentie, quoiqu'elle n'eût pas été primitivement stipulée.

On voit par ces exemples comment il faut entendre et appliquer le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. C'est par le mobile qui a dirigé les parties qu'on doit apprécier les caractères de l'acte prétendu modificatif, abstraction faite de l'influence que cet acte est destiné à exercer sur le sort des époux. L'avantage qu'ils pourraient retirer d'une véritable contre-lettre ne ferait pas plus maintenir celle-ci que le préjudice, résultant pour eux de ce qui ne serait que l'exécution du contrat, n'amènerait la nullité de l'acte ayant cet objet. Mais la convention, destinée à agir sur les clauses du contrat soit directement, soit indirectement, soit d'une manière détournée et lointaine, est de plein droit nulle comme présumée frauduleuse.

789. — Les principes régissant les époux et leurs parents s'appliquent aux tiers qui ont été parties au contrat de mariage. Les promesses faites par eux, les donations qu'ils ont consenties devraient être littéralement exécutées, nonobstant toutes déclarations ou tous engagements contraires émanés de l'époux donataire. Conformément à cette doctrine, il a été jugé, et selon nous très-juridiquement, que le créancier d'une rente, qui a déclaré dans le contrat de mariage qu'il ne lui était plus rien dû, ne pourrait ultérieurement réclamer le payement de la rente, en se fondant sur une contre-lettre infirmant la déclaration portée au contrat. L'existence de cette contre-lettre et la dissimulation constituent une fraude punie par les articles 1396 et 1397, et comme le créancier a directement et personnellement concouru à la fraude, il ne pourrait se faire un titre de sa propre turpitude. Ce ne serait pas d'ailleurs le contrat de mariage qui pourrait rester sans effet; ce qui, dans un cas semblable, est frappé de nullité radicale, c'est exclusivement et uniquement la contre-lettre.

790. — On a prétendu un instant que l'action en nullité de l'époux signataire de la contre-lettre devait être déclarée non recevable par application de la maxime *nemo auditur*, etc.; mais le contraire n'a pas cessé d'être admis par la doctrine et par la jurisprudence. La nullité, édictée par les articles 1396 et 1397, n'est pas seulement fondée sur l'intérêt privé des parties, elle est aussi d'ordre public comme étant favorable aux bonnes mœurs, à la paix des familles et des unions conjugales. Dès lors non-seulement l'époux signataire est recevable à l'invoquer, mais la renonciation directe ou indirecte à s'en prévaloir ne pourrait l'empêcher de le faire [1].

791. — Dès lors, la demande ne saurait être écartée par l'exécution que la contre-lettre aurait antérieurement reçue [2], pourvu toutefois que cette exécution eût été réalisée pendant la durée du mariage. Celle qui suivrait la dissolution constituerait une ratification expresse contre laquelle nul ne serait admis à recevoir. A cette époque, en effet, le règlement respectif des intérêts est laissé à la libre volonté des ayants droit. L'ordre public n'a rien à voir aux sacrifices qu'il plairait à chaque partie de s'imposer, en tant que chacune d'elles a la capacité pour les consentir; à ce titre, la renonciation à se pourvoir contre la contre-lettre frauduleuse pourrait valablement être stipulée. Dès lors, aussi, elle pourrait tacitement résulter de la conduite et des actes de la partie.

792. — Il suit de ce qui précède, que l'action en nullité, fondée sur la violation des articles 1396, 1397, est imprescriptible tant que dure le mariage, mais cette imprescriptibilité cesse avec le mariage lui-même. La dissolution se réalisant, le délai de dix ans donné par l'article 1304 commence de courir, conséquemment le silence qui se serait prolongé au delà de dix ans depuis cette dissolution éteindrait complétement l'action indépendamment de toute autre ratification expresse ou tacite.

793. — Nous avons dit plus haut que les

[1] Cass., 29 juillet 1818.

[2] Nîmes, 23 janvier 1843; J. D. P., t. I, 1843, p. 297.

conventions matrimoniales arrachées par le dol d'un des conjoints sont dans le cas d'être rétractées sur la poursuite de l'autre. Il en serait de même des avantages obtenus par la fraude. La source des uns n'est pas plus pure, plus légitime que celle des autres. L'époux qui aurait eu recours à la fraude ne saurait se plaindre de ce qu'on lui arrache ce qu'il a tenté de s'approprier par d'aussi odieux moyens, *nemini sua fraus patrocinari debet.*

794. — La constitution de la dot peut donner matière à de nombreuses fraudes, soit que le constituant ait promis plus que ce qu'il pouvait ou voulait faire, soit que le mari ait reconnu une dot qui ne lui a pas été comptée ou pour avantager sa femme, ou pour l'honneur du contrat, sous un pacte secret de se contenter d'une somme moindre, *dos ventosa,* ou enfin dans l'espérance de recevoir bientôt les deniers, *spe futuræ numerationis.*

795. — Les obligations du constituant sont souverainement réglées par les termes du contrat de mariage. Il ne peut être délié de celle de compter la somme promise que par l'impuissance constatée sur les poursuites du mari. L'effet de cette fraude, de la part du constituant, n'exerce aucune influence sur le mariage; la légèreté avec laquelle l'époux a cru à des promesses dont il pouvait et devait même vérifier la sincérité le constitue en état d'imprudence, et ne lui laisse d'autre droit que celui de ne pas restituer ce qu'il n'a pas reçu, si, dans les délais voulus par la loi, il a rempli les diligences prescrites.

796. — La quittance que le mari donne de la dot qu'il n'a pas reçue, dans l'intention d'avantager celle qu'il va épouser, n'est qu'une véritable libéralité. Cette quittance l'engage en ce sens que, le mariage consommé, l'obligation de restituer la dot, le cas échéant, est irrévocablement encourue. Toute prétention contraire à la déclaration contenue au contrat, fût-elle expressément justifiée par écrit, ne serait pas même recevable de la part du mari.

Mais les héritiers à réserve, dont les droits se trouveraient atteints par l'excès de la libéralité, les créanciers, en fraude desquels cette libéralité aurait été faite, peuvent exciper du défaut de sincérité de la déclaration faite dans le contrat. Les uns et les autres peuvent attaquer de simulation la quittance de la dot et prouver cette simulation, même à l'aide de la preuve testimoniale et des présomptions. La seule différence entre les créanciers et les héritiers à réserve, c'est que les uns peuvent faire annuler l'avantage concédé à la femme, tandis que les autres ne peuvent en demander que la réduction à concurrence de la quotité disponible [1].

797. — Ces reconnaissances de dot, pour avantager la femme, offrent un autre danger contre lequel un mari prudent doit se précautionner. Dans l'intention de toutes les parties, la libéralité est essentiellement conditionnelle; elle ne doit sortir à effet que si le mariage s'accomplit. Cette condition manquant, la libéralité n'a plus de cause et se trouve par cela même révoquée. Mais, dans ce cas même, les termes du contrat imposeraient l'obligation de restituer la dot déclarée reçue, sans que l'époux ou ses héritiers fussent admis à prouver outre et contre les énonciations de l'acte, à moins qu'ils ne rapportassent une preuve écrite. La contre-lettre, émanée de la future ou de ses parents qui paraîtraient avoir constitué la dot, fournirait légalement cette preuve. La contre-lettre, en effet, n'est annulée que par la célébration du mariage; tant que cette célébration n'est pas réalisée, les accords projetés restent sous l'empire du droit commun; il ne peut y avoir de véritable contrat de mariage, là où il n'y a pas de mariage. Conséquemment la réception prétendue de ce qui devait former la dot de l'épouse, ne constituant plus qu'un engagement ordinaire, peut être anéantie par la preuve écrite qu'elle n'a jamais été qu'une simulation en vue du mariage futur.

798. — Dans la seconde hypothèse, celle d'une dot quittancée sous un pacte secret de se contenter d'une moindre somme, l'obligation du mari ou de ses héritiers, le cas de restitution arrivant, est uniquement réglée par les énonciations du contrat de mariage. Le pacte secret ne saurait même être invoqué contre ces énonciations que la loi reconnaît comme seules obligatoires.

799. — Enfin la charge de restituer la dot, telle qu'elle a été reçue dans le contrat, est imposée au mari, alors même que la quittance qu'il en aurait donnée n'aurait été consentie que *spe futuræ numerationis.* Cette hypothèse est de nature à se réaliser plus souvent que les précédentes. Si les parties tiennent quelquefois à honneur de grossir le chiffre de la dot, l'une d'elles au moins considère comme un honneur plus grand d'obtenir dans le contrat la quittance de ce qu'elle n'est pas cependant dans le cas de payer actuellement.

Le droit romain rendait commune au contrat de mariage l'exception *de non numerata pecu-*

[1] Voy. *infrà,* n° 1660.

nia [1]. Le Code civil a abrogé cette règle. La quittance définitive de la dot donnée par le mari l'oblige à en restituer le montant, alors même qu'il ne l'aurait jamais touché. Le mari commet une insigne imprudence en faisant une fausse déclaration dont il connaît d'avance toute la portée. Cette imprudence suffit pour le faire déclarer non recevable à se plaindre de la fraude dont il aurait été la victime.

800. — La contre-lettre qui fixerait la signification réelle de la quittance et déterminerait les obligations du constituant serait nulle à l'encontre de la femme. C'est ainsi qu'on a décidé qu'elle ne pourrait lui être opposée, même à concurrence de sa portion virile dans la succession de son père.

801. — Que si, au lieu d'une contre-lettre, le mari a reçu des obligations souscrites par le constituant, ces obligations deviennent propres au mari qui ne peut contraindre sa femme à les recevoir en compensation de la dot stipulée. Mais ces obligations constituant une dette légitime de la succession du souscripteur, la femme, héritière de celui-ci, serait personnellement tenue de sa part et portion. Le mari pourrait donc la compenser jusqu'à due concurrence avec les sommes qu'il a à restituer.

802. — Enfin, la dot réellement touchée par le mari peut avoir été quittancée par son père, qui en demeure responsable, le cas de restitution arrivant. Cette déclaration peut être attaquée par tous les ayants droit, c'est-à-dire par les créanciers, par les autres enfants. La justification de la fraude alléguée par les créanciers, agissant en vertu de l'article 1167, déterminerait la nullité complète de l'avantage ainsi concédé par le père. Les autres enfants ne pourraient que le faire réduire à la quotité disponible.

§ II.

Fraudes pendant le mariage.

SOMMAIRE.

803. — La confusion d'intérêts et de biens résultant du mariage rend la fraude facile pour les époux.
804. — La femme peut la commettre par le détournement d'effets mobiliers. — Conséquences de ce détournement pour elle et pour ses complices.
805. — Par l'aliénation d'un objet quelconque sans le consentement et le concours de son mari.
806. — Le consentement tacite suffirait. — Comment et par qui peut-il être prouvé?
807. — Par la simulation de dettes. — Nullité de celles contractées depuis le mariage.
808. — Celles résultant des nécessités du ménage se placent dans une catégorie spéciale. — Comment elles étaient envisagées sous le droit ancien.
809. — Système actuel.
810. — La disposition de l'article 1410 rend impossible toute antidate dans l'objet de faire considérer la dette comme antérieure au mariage.
811. — La fraude est bien plus à craindre de la part du mari. — Précautions de la loi.
812. — Révocabilité des donations entre époux pendant le mariage.
813. — Refus de récompense pour prétendu payement de dettes antérieures au mariage.
814. — Le payement de la dette sans date certaine est présumé frauduleux.
815. — Le payement après condamnation obtenue par le créancier donnerait-il lieu à récompense en faveur du mari?
816. — Le mari, chef de la communauté, ne peut aliéner à titre gratuit l'universalité ou une quotité du mobilier.
817. — Motifs de cette prohibition.
818. — Ses conséquences.
819. — Simulation qu'elle peut inspirer. — Admission de la preuve orale et de celle par présomptions.
820. — La qualité des parties fournirait une présomption grave de la simulation.
821. — Autres circonstances pouvant conduire au même résultat.
822. — Le rejet de la simulation et le maintien de la vente attaquée n'empêcheraient pas la femme de demander et d'obtenir récompense.
823. — La vente de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, qui ne serait qu'une donation déguisée, pourrait être annulée sur la demande de la femme ou de ses héritiers.
824. — Comment doit être entendue la faculté accordée au mari de donner à toutes personnes, et à titre particulier, le mobilier de la communauté.
825. — Éléments à consulter pour juger du caractère de la donation.
826. — La réserve d'usufruit en faveur du mari ferait de plein droit présumer la fraude, quand même elle n'eût pas été exprimée.
827. — Les donations autorisées par l'article 1422 peuvent-elles être valablement faites aux personnes présumées interposées?
828. — Fraudes que le mari peut commettre, en sa qualité d'administrateur des biens de sa femme.
829. — Précautions pour empêcher la dissimulation totale ou partielle du mobilier échu à celle-ci.
830. — Les avantages personnels que le mari se procurerait dans les ventes ou échanges des biens de la femme constituent une fraude ordinaire que celle-ci doit prouver.
831. — La femme tenue de son dol l'est également de sa fraude. — Application de ce principe à la fraude concertée entre les époux pour la vente du fonds dotal.
832. — Exceptions lorsque l'aliénation est accordée hors des cas prévus par la loi.
833. — Lorsque la vente n'est pas faite dans les formes voulues par l'article 1558 du Code civil.
834. — A quelle époque peut être exercée l'action soit du mari, soit de la femme?
835. — L'adultère est, de toutes les fraudes, la plus importante par l'influence qu'elle exerce sur le sort des époux, sur l'avenir de la famille.
836. — Est une cause de séparation de corps. — Différence, quant à ce, entre l'adultère du mari et celui de la femme.
837. — Il n'est pas nécessaire que la preuve de l'adultère existe au moment de la demande en séparation.

[1] L. 3, Cod., *de dote causa et non numerata.*

838. — La séparation de corps relâchant les liens du mariage, l'époux qui l'a encourue serait tenu d'indemniser l'autre des besoins nouveaux qu'il est dans le cas d'éprouver.
839. — La séparation de corps entraîne la révocation des avantages faits à l'époux dans le contrat de mariage.
840. — Dans quels cas le mari peut-il désavouer l'enfant?
841. — Naissance précoce. — L'enfant né moins de cent quatre-vingts jours depuis le mariage peut être désavoué par le mari.
842. — Effet du désaveu par rapport à l'enfant.
843. — Mais l'enfant peut opposer des fins de non-recevoir contre la demande.
844. — Gravité de la connaissance de la grossesse avant le mariage.
845. — Sous l'ancien droit, on admettait la fréquentation de fait comme équipollent de la connaissance de la grossesse. — Le Code civil ne s'arrête qu'à celle-ci.
846. — L'assistance du père à l'acte de naissance de l'enfant produirait un effet analogue.
847. — Il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance désigne l'enfant comme fils du mari. — Il suffit que la mère y soit désignée comme femme mariée.
848. — En cas d'absence du mari à l'acte de naissance, pourra-t-on, en justifiant de l'empêchement, prouver qu'il a connu la naissance et avoué la légitimité de l'enfant?
849. — La non-viabilité de l'enfant rend le désaveu non recevable.
850. — La légitimité de l'enfant, né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée. — Caractère de cette action.
851. — Ancienne jurisprudence. — Droit romain.
852. — Incertitude de la science.
853. — Système du Code civil.
854. — Conséquence qu'il faut en tirer.
855. — A qui appartient l'action en contestation de la légitimité.
856. — Différence entre le désaveu et la contestation de légitimité par rapport à l'enfant.
857. — A quelles conditions le mari peut-il désavouer l'enfant conçu et né pendant le mariage?
858. — Caractère de l'éloignement du mari.
859. — Impossibilité physique pendant le temps indiqué par l'article 312. — Caractère.
860. — Faut-il prendre en considération l'impossibilité morale? Débats que cette question a soulevés.
861. — Proposition de considérer comme motif de désaveu la séparation de corps réunie à l'adultère. — Rejetée.
862. — Le silence gardé par la loi de 1816, abolitive du divorce, laisse les choses dans l'état où les avait placées le Code civil.
863. — L'adultère de la femme n'était, pas plus que la séparation de corps, un motif de désaveu.
864. — Il en est autrement si la femme adultère a recélé la naissance de l'enfant.
865. — Cette double circonstance rend le désaveu recevable et autorise la preuve de son bien fondé.
866. — Que faut-il entendre par le recélé de la naissance? Faut-il que la femme ait dissimulé sa grossesse, celé son accouchement et fait une fausse déclaration? Suffit-il d'une ou de plusieurs de ces circonstances?
867. — Il ne suffirait pas, pour que le désaveu fût irrecevable, que la femme eût fini par déclarer une grossesse qu'elle avait d'abord dissimulée.
868. — Observation de M. le conseiller rapporteur Mesnard et arrêt conforme de la cour de cassation.
869. — Conclusion.
870. — Quels que soient les termes de l'article 313 du Code civil, la demande en désaveu est recevable avant même qu'il y ait chose jugée sur l'adultère.
871. — Mais nous ne pouvons admettre, avec un arrêt de la cour de cassation, que l'adultère est la conséquence naturelle du recélé de la naissance.
872. — L'article 313 exige la preuve préalable de l'adultère, c'est ce que prouve la discussion au conseil d'État.
873. — Procédure que doit suivre le mari.
874. — L'action en désaveu est personnelle au mari.
875. — L'action ne passe aux héritiers que si le mari meurt avant l'expiration du délai accordé pour son exercice.
876. — Quels sont les héritiers dont parle l'article 317?
877. — Tant que le mari est vivant, nul autre que lui ne peut désavouer l'enfant, conséquemment l'héritier présomptif de l'absent ne serait pas recevable à intenter l'action.
878. — Opinion contraire de Merlin.
879. — Réfutation.
880. — *Quid* du tuteur de l'interdit?
881. — Arrêt de Colmar, refusant l'action, cassé par la cour suprême.
882. — Observations contre la doctrine de celle-ci.
883. — Les fins de non-recevoir opposables au mari peuvent être opposées à ses héritiers.
884. — L'héritier qui aurait personnellement reconnu la légitimité de l'enfant ne pourrait plus le désavouer.
885. — Délai accordé au père pour intenter l'action en désaveu.
886. — Délai accordé à l'héritier.
887. — Différence du point de départ de ce délai, selon que l'héritier est ou n'est pas en possession de l'hérédité.
888. — Déchéance encourue si le mari ou l'héritier, après avoir notifié le désaveu en temps utile, n'intente pas l'action en justice dans le mois de cette notification.
889. — Quelles personnes doivent être appelées dans l'action en désaveu.
890. — Fraudes dont la naissance d'un enfant peut être l'occasion.
891. — Différence entre la suppression et la supposition de part.
892. — L'enfant à qui on a enlevé sa filiation est admis à la réclamer, s'il a une preuve littérale ou un commencement de preuve par écrit.
893. — Que faut-il entendre par le commencement de preuve en cette matière?
894. — A qui appartient l'action en suppression ou en supposition de part?
895. — Motifs qui ont fait accorder celle-ci aux parents et autres ayants droit.
896. — Par quels principes est régie l'action des parents et ayants droit, quant à la preuve?
897. — La prohibition de toute poursuite d'office par le ministère public s'applique au cas de suppression ou de substitution comme à celui de supposition.
898. — Conséquence possible de l'action de l'enfant.

803. — Quel que soit le régime adopté par les époux, il naît de leur union une telle confusion d'intérêts et de biens, que la femme, que le mari surtout, trouve des occasions nombreuses et faciles pour se livrer à la fraude. La fraude

existe toutes les fois que la propriété commune est abusivement appliquée au profit personnel de l'un des époux.

804. — En tête des moyens que la femme peut employer pour arriver à ce résultat, se place le détournement d'effets mobiliers commis à l'insu et au préjudice du mari. Au point de vue moral, ce détournement constitue un véritable vol que la loi devrait punir, mais l'honnêteté publique répugnait à l'idée d'une femme traînée sur la sellette de l'infamie à la requête de son époux, du père de ses enfants. De là, la disposition de l'article 380 du Code pénal, aux termes duquel les soustractions des époux, au préjudice l'un de l'autre, ne donnent lieu qu'à une action civile en réparation. Les dommages-intérêts accordés au demandeur sur les biens du coupable entraînaient autrefois la contrainte par corps. La loi de 1832 est venue mettre un terme à cet état des choses, en proscrivant cette voie rigoureuse entre les époux.

Les complices de l'époux ne profitent ni de l'immunité quant à la peine, ni de la prohibition de la contrainte par corps. Remarquons que la seule complicité punissable de peines corporelles est celle qui se trouve définie par le Code pénal et qui réunit les caractères expressément déterminés. L'absence de ces caractères entraînerait donc l'acquittement du prétendu complice.

Cet acquittement, enlevant au fait son caractère de délit, mettrait donc les tribunaux correctionnels dans l'impossibilité d'allouer des dommages-intérêts. Mais leur décision à cet égard n'exercerait aucune influence sur l'action en répression de la fraude dont les tribunaux civils pourraient être investis, répression qui peut être prononcée tant contre l'époux lui-même que contre les tiers qui l'ont assisté. L'allocation des dommages-intérêts pourrait être prononcée avec contrainte par corps contre ces derniers.

805. — La femme qui ne peut, pendant le mariage, rien détourner, ne peut non plus disposer de rien sans le concours et l'assistance de son mari. L'aliénation d'un objet quelconque, même par la femme commune en biens, constituerait donc une fraude dont le mari serait autorisé à poursuivre la réparation tant contre la femme que contre le tiers acquéreur. Pour ce qui concerne celui-ci, la fraude est présumée par cela seul que, connaissant la qualité de la femme, il a consenti à traiter avec elle sans s'être assuré de l'assentiment et du concours du mari. Mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire que le tiers, que la femme elle-même, est toujours recevable à offrir.

806. — Les éléments de cette preuve contraire résident : d'une part, dans la connaissance que le mari aurait eue de la conduite de sa femme ; de l'autre, dans la ratification expresse ou tacite qu'il aurait donnée à l'acte dont il se plaint ; comme si, le fait connu par le mari n'avait amené aucune réclamation de sa part, s'il avait reçu le prix de l'objet aliéné ou si, à son vu et su, ce prix avait été consacré au profit et à l'avantage du ménage. Le législateur, en voulant protéger les époux contre leurs fraudes réciproques, n'a, de près ni de loin, entendu rendre les tiers victimes de leur collusion. Le mari d'ailleurs pourrait très-bien laisser sa femme agir seule et prétendre ensuite avoir été spolié pour obtenir ainsi un bénéfice injuste. Ce projet serait facilement supposé, s'il paraissait que le mari a connu et toléré la conduite de sa femme, qu'il l'a encouragée par son silence.

La femme elle-même peut en fournir la preuve et obtenir ainsi le rejet de l'action intentée par son mari. Le tiers peut mieux encore, car il est exposé à n'être poursuivi que par le résultat d'un concert frauduleux entre les époux. On admet donc qu'alors même que la fraude de la femme serait établie, s'il est prouvé que ceux qui ont traité avec elle ont été de bonne foi, et que, par la nature des relations des époux entre eux, ils ont eu juste motif de croire à l'assentiment du mari, le recours de celui-ci doit être rejeté en ce qui les concerne. C'est à lui, en effet, plutôt qu'aux tiers à répondre des conséquences que sa trop grande confiance en sa femme a pu entraîner. Il suffit que cette confiance ait existé, qu'elle ait été notoirement connue, qu'elle soit devenue la cause déterminante de la conduite des tiers pour qu'ils soient à l'abri de tous reproches sérieux.

C'est donc sur les antécédents des époux que l'attention des magistrats doit particulièrement se fixer. La tolérance habituelle du mari, pour des actes de la nature de celui dont il se plaint, pourrait devenir contre sa demande une fin de non-recevoir péremptoire. A défaut, sa ratification expresse ou tacite produirait le même résultat.

807. — La femme pourrait trouver une occasion de fraude dans la facilité qu'elle a de simuler des dettes qu'elle prétendrait faire payer par son mari. Mais, comme dans toutes les hypothèses où la fraude est prochaine, la loi n'a pas manqué aux précautions que celle-ci réclamait. Or, de deux choses l'une ! ou les dettes se

rapporteront par leur date à une époque postérieure au mariage, ou elles paraîtront l'avoir précédé.

Dans le premier cas, la femme, incapable de contracter sans l'assistance et l'autorisation de son mari, n'a pu ni engager valablement celui-ci, ni s'engager elle-même. La dette réelle ou simulée est donc sans portée, sans conséquence aucune, le tiers qui a traité avec la femme reste personnellement tenu de la nullité que la femme elle-même pourra lui opposer.

808. — Il est cependant des dettes qui échappent à la rigoureuse application de ce principe. La femme est ordinairement chargée de pourvoir aux dépenses de nourriture et d'entretien. Dans cet objet, elle traite avec les fournisseurs, sans l'autorisation spéciale du mari dont elle est, quant à ce, réputée la mandataire. Elle pourrait donc, dans l'exécution de ce mandat et de concert avec ces fournisseurs, exécuter la fraude. Quels seraient, dans cette hypothèse, les droits du mari?

Notre ancien droit avait admis, pour les dettes de cette nature, une exception au principe de l'autorisation. En conséquence, le mari ne pouvait arguer du défaut de cette autorisation pour se dispenser de les payer. Mais il fallait pour cela que les achats n'eussent pas été trop fréquents et trop considérables, pour que le fournisseur ne fût pas lui-même suspect de fraude ou coupable d'imprudence [1].

809. — Les principes consacrés par le Code n'ont rien qui répugne à cette solution. Ils reconnaissent, en effet, la possibilité d'un mandat verbal, et certes on ne saurait jamais l'admettre plus justement qu'en faveur de la femme pour tout ce qui concerne les besoins du ménage. Le mari serait donc tenu de l'acquittement des dépenses faites à cette intention, quoiqu'il ne les eût pas actuellement et spécialement autorisées, à moins cependant que l'abus d'un côté, la complaisance, la fraude ou l'imprudence de l'autre, eût poussé ces dépenses au delà des limites naturelles et justes.

810. — Quant aux dettes se rapportant à une époque antérieure au mariage, le mari a, contre la fraude résultant de l'antidate, un remède assuré dans la disposition de l'article 1410 du Code civil. On sait que cet article n'admet, comme dettes obligatoires, que celles qui ont date certaine avant la célébration du mariage. L'absence de cette condition faisant présumer la fraude, laisse le créancier entièrement désarmé vis-à-vis du mari.

Par rapport à lui, en effet, la présomption de fraude est absolue, n'admettant aucune preuve contraire. Le Code a formellement dérogé sur ce point à notre ancien droit, sous lequel le créancier était admis à faire preuve de la sincérité de la date. Mais il en est autrement de la part de la femme signataire. L'absence d'une date certaine, l'incapacité résultant du mariage a pu faire suspendre l'application, à son encontre, du principe que l'acte fait foi de sa date contre la partie, mais non le méconnaître d'une manière définitive. En conséquence, le créancier pourra détruire la présomption de fraude que ces circonstances élèvent contre son titre, en prouvant qu'il a été réellement souscrit avant le mariage. Cette preuve acquise fera condamner la femme au payement de la dette. Mais pendant la durée du mariage, l'exécution de cette condamnation ne pourra être poursuivie que sur la nue propriété des immeubles personnels à la femme [2].

811. — Nous venons de voir quelles sont les fraudes que la femme peut tenter et les précautions que la loi a cru devoir prendre en faveur du mari. Hâtons-nous de le dire cependant, celui des deux époux qui a le plus besoin de protection n'est pas le mari, car non-seulement il a, en sa qualité, des moyens suffisants pour se défendre efficacement, mais encore de beaucoup plus grandes facilités à consommer la fraude au détriment de sa femme. L'autorité du sexe, l'influence que son titre lui assure, la qualité de chef de la communauté, d'administrateur des biens personnels de sa femme, tout, en un mot, lui offre les plus grandes facilités pour préparer et consommer la fraude, dont le désir de réunir sur sa tête la fortune de sa femme lui inspirera l'idée.

812. — Déjà, la crainte qu'il ne voulût arriver à ce résultat au moyen des libéralités qu'il se ferait consentir a fait admettre le principe de la révocabilité des donations entre époux, faites pendant la durée du mariage. Ce n'était pas assez. On pouvait vouloir déguiser la libéralité sous la forme d'emprunts contractés solidairement par la femme et le mari, et l'article 1431 a décidé que dans ce cas l'obligation de la femme n'est qu'un simple cautionnement à l'égard du mari qui est tenu de la récompenser.

Nous pourrions multiplier les exemples. Nous résumons l'esprit de la loi à cet égard dans ces

[1] Parlement de Dijon, 8 janv. 1693; Nouveau Denisart, v° *Autorisation*.

[2] Voy. *infrà*, nos 813 et suiv.

quelques mots : La femme, pendant le mariage, est présumée, pour tous les actes qu'elle fait en faveur de son mari, céder à une influence qu'elle ne peut ni combattre ni vaincre. En conséquence, elle peut toujours révoquer les libéralités directes qu'elle a faites. Quant aux libéralités indirectes, quelle que soit la forme dont elles ont été revêtues, et malgré son concours direct à l'acte, elle est toujours recevable à quereller l'acte de simulation et à en établir le véritable caractère même par la preuve testimoniale.

813. — La loi va plus loin encore. Elle admet dans certains cas la simulation comme une vérité démontrée, ne permettant même pas la preuve contraire. Nous en trouvons un exemple remarquable dans cet article 1410 dont nous nous occupions tout à l'heure.

Les dettes antérieures au mariage ne sont obligatoires pour le mari que si elles ont date certaine avant la célébration. Le mari qui, nonobstant le défaut de date, acquitte ces dettes, n'a aucune récompense à demander à raison de ce payement. Le motif de cette prescription, qui peut dans certains cas consacrer une injustice, est facile à saisir : c'est que le mari trouvait dans la supposition de dettes de ce genre, et dans le payement fictif qu'il paraîtrait en avoir fait, un moyen de s'attribuer la fortune de sa femme en échappant à la révocabilité des donations. On l'encourageait ainsi à se faire consentir des libéralités sous cette forme, ce qui était d'une exécution facile, puisqu'on n'avait qu'à antidater les obligations dont on simulerait l'existence.

814. — Conséquent dans la règle dont il ne s'est jamais départi et que nous avons eu bien des fois l'occasion de rappeler, à savoir : que plus la fraude est facile et plus on doit non-seulement la réprimer, mais encore la prévenir, le législateur n'a pas hésité dans cette circonstance. Le payement de la dette sans date certaine est présumé frauduleux, on ne paye pas ce qu'on sait ne pas devoir. Conséquemment, si le mari a réellement payé, ou il a reconnu que la dette était celle de la communauté, ou, la sachant personnelle à sa femme, il a voulu faire à celle-ci une libéralité qu'il pouvait croire méritée ; dans l'un comme dans l'autre cas, il ne lui était dû aucune récompense ; à plus forte raison si le payement et la dette elle-même n'étaient que le résultat d'une simulation.

815. — Si, sur le refus du mari, le créancier de la femme l'a poursuivie et a obtenu contre elle une condamnation, faudrait-il encore refuser toute récompense au mari qui aurait plus tard désintéressé le créancier ?

L'affirmative a été soutenue sur le fondement que la fraude, qui a présidé dans la supposition de la dette, pourra bien se continuer devant la justice qu'on saura bien mettre dans l'impossibilité de ne pas condamner ; qu'on court donc la chance de faire réussir une simulation par une nouvelle simulation plus audacieuse et plus coupable encore.

Cette doctrine condamnerait le mari à ne jamais venir au secours de sa femme, alors même que le créancier aurait commencé l'expropriation de la nue propriété des biens personnels à celle-ci. Ainsi, ce qu'un tiers serait libre de faire, le mari ne pourrait l'accomplir, alors même qu'un évident intérêt rendrait cet acte d'un immense avantage pour la femme : d'abord, en empêchant la vente à vil prix de ses propres, ensuite en renvoyant à la dissolution du mariage le remboursement des sommes avancées. Nous ne saurions croire que telle ait été l'intention du législateur.

Sans doute une fraude est possible et le danger signalé ne manque pas de gravité. Mais une présomption de fraude, attachée à un jugement rendu sur les conclusions du ministère public, serait un fait trop anormal pour qu'on doive l'ériger en principe. La condamnation judiciaire de la femme fera donc supposer la dette sincère et le payement légitime, sauf le droit de la femme de justifier la simulation de l'un et de l'autre.

Ainsi, avant toute poursuite, le payement d'une dette supposée antérieure au mariage, mais n'ayant pas date certaine, reste pour le compte exclusif du mari, ou soit de la communauté. Le payement qui a suivi la condamnation de la femme oblige celle-ci à en récompenser le mari, à moins qu'elle ne prouve, soit par titres, soit par témoins ou par présomption, que le jugement lui-même n'a été obtenu que par un concert frauduleux qui lui a été commandé par celui-ci.

816. — Comme chef de la communauté, le mari a la libre disposition des biens dont elle se compose. L'exercice de cette faculté pouvait entraîner de graves abus, de nombreuses fraudes contre la femme. C'est dans cette prévision que la loi a d'abord songé à en réglementer l'exercice, eu égard aux libéralités que le mari pourrait vouloir consentir.

L'article 1422 lui prohibe le droit de disposer entre-vifs et à titre gratuit des immeubles, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs ; de retenir l'usufruit des effets mobiliers qu'il lui est permis de donner à titre particulier à toutes personnes.

817. — Le législateur, en assurant au mari

la libre disposition des biens communs, a entendu que l'exercice de cette faculté fût marqué au coin de la loyauté et de la justice; qu'elle ne dépassât jamais les limites que la copropriété impose aux intéressés. Tout ce qui s'écarte de ce caractère, tout ce qui tendrait à enrichir exclusivement le mari ou à dépouiller la femme en faveur de tiers par lui élus, doit être sévèrement proscrit. C'est, au reste, ce qui est formellement rappelé dans l'article 1437.

818. — Les actes faits contrairement aux prescriptions de l'article 1422 sont présumés, de plein droit, appartenir à l'une de ces deux hypothèses. Ils sont, en conséquence, frappés d'une nullité radicale comme faits en fraude du droit de la femme.

819. — Ce que cette volonté ferme de la loi à cet égard peut faire naturellement présumer, c'est que le mari aura recours à la simulation pour déguiser la fraude. C'est sous l'aspect d'un acte à titre onéreux qu'il cachera les libéralités qu'il ne peut faire d'une manière directe. Mais la femme est toujours recevable à contester le caractère de l'acte, à demander, soit aux présomptions, soit à la preuve orale, la justification de la simulation et de la fraude.

820. — Au nombre et au premier rang des présomptions pouvant fournir cette preuve, se place celle tirée de la qualité de la partie qui a traité avec le mari, comme si elle était son héritier présomptif ou si celui-ci se trouvait être le sien. L'identité d'intérêt naissant de cette circonstance a toujours été signalée comme un grave indice de fraude, alors même que la législation permettait au mari de donner les immeubles de la communauté [1]. La vente consentie à une pareille personne était, par cela même, considérée comme une donation faite à un incapable, c'est-à-dire au mari lui-même.

Sous l'empire de notre droit actuel, il n'y a fraude acquise que lorsque l'acte, sous l'apparence d'un titre onéreux, est reconnu ne renfermer qu'une libéralité pure. Il faut donc *a priori* établir l'existence de la simulation. L'identité d'intérêt entre l'héritier présomptif d'un individu et cet individu lui-même pourrait ne pas paraître suffisante dans telle ou telle hypothèse pour qu'on admît cette simulation, mais, à coup sûr, elle serait dans toutes d'un poids très-grave; et, pour peu qu'elle se trouvât étayée par quelques autres circonstances, elle serait de nature à entraîner et à lier la conviction du juge.

[1] Pothier, *de la Communauté*, nos 480 et suiv.

821. — Les circonstances qui peuvent, indépendamment de la qualité des parties, indiquer et prouver la simulation sont : l'époque de la vente, si elle a été faite pendant la maladie de l'un des époux ou depuis l'instance en séparation; le défaut de prix ou sa vileté; la position de fortune du prétendu acquéreur; ses relations d'intimité avec le mari; l'absence chez celui-ci de tout besoin de vendre, ou la continuation après la vente de l'état de gêne dans lequel il se trouvait avant; la rétention de la propriété sous prétexte de relocation; le payement des contributions; les réparations faites à l'immeuble postérieurement à la vente; enfin, tous les actes dont l'existence ne pourrait se concilier avec l'idée d'un désinvestissement sérieux et réel; l'aveu échappé au mari sur le véritable caractère de la prétendue vente.

822. — Le rejet de la prétention touchant la simulation et le maintien de la vente comme sincère ne s'opposeraient nullement à ce que la femme demandât et obtînt une récompense, si le mari, s'appropriant le prix de l'aliénation, en avait frustré la communauté.

823. — Les principes applicables aux ventes d'immeubles régissent l'aliénation de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. Celle qui ne serait, en réalité, qu'une donation déguisée devrait être annulée sur la poursuite de la femme ou de ses héritiers. Les meubles ayant fait l'objet de cette donation pourraient même être revendiqués contre le tiers jusqu'à concurrence de la récompense due à la femme, si les biens restant libres à la communauté ne pouvaient y suffire. Les droits du possesseur en matière de meubles méritent sans doute la plus grande considération, mais la simulation de la vente admise, il n'y a plus qu'une donation prohibée ayant pour conséquence inévitable d'anéantir le titre en vertu duquel le tiers est en possession. On ne saurait, dans aucun cas, préférer le donataire au créancier, au copropriétaire de l'objet donné sans son consentement et contre ses intérêts.

824. — Le mari a la faculté de donner à toutes personnes, à titre particulier, le mobilier de la communauté, mais cette faculté doit être entendue et appliquée sans abus. Bientôt, en effet, la multiplicité des dispositions particulières, leur importance, absorberaient les facultés de la communauté en fraude des droits de la femme et rendraient illusoire la prohibition de l'article 1422. Il faut, en effet, reconnaître que cette faculté prête singulièrement à l'abus et qu'il paraît quelque peu contradictoire qu'en prohibant

au mari de donner une quotité du mobilier valant quelques centaines de francs, on lui permettra de donner, à titre particulier, un capital ou une somme de dix, de vingt mille francs. Cette apparente anomalie indique quelle a été la véritable pensée du législateur, pensée dont il importe de se bien pénétrer pour ne pas donner à son expression plus d'étendue qu'elle n'en comporte.

825. — On doit d'abord rechercher le véritable caractère de la donation à titre particulier dans l'époque qui l'a vue se produire. « Ainsi, dit Chardon, si le mari, pendant une instance en séparation, avait distribué gratuitement une partie importante de son mobilier à diverses personnes et à titre particulier, l'intention de nuire à la femme plutôt que de se livrer à des actes de pure bienfaisance étant certaine, il serait difficile de rejeter les plaintes de la femme.

« Que, prêt à succomber à une maladie grave, un mari fasse des dons particuliers d'effets mobiliers, on ne pourrait voir, dans ces générosités tardives, que des infractions à l'article 1422, et, dans le mode employé, qu'un détour frauduleux pour échapper à sa prohibition. Il faudrait donc réputer ces dons testamentaires, et, comme tels, les imputer sur la part du mari dans la communauté.

« La même sévérité serait justement inspirée par des dons de meubles que ferait un mari pendant la maladie qui se terminerait par la mort de sa femme. C'est le sentiment de Lebrun, de Pothier, de Merlin. Il serait d'autant plus juste de le suivre, que quand même on ne serait pas convaincu que le mari a agi dans un esprit de fraude, au moins est-il constant qu'il a commis un abus intolérable d'autorité en abandonnant ainsi des objets dont il savait que bientôt il n'aurait plus le droit de disposer [1]. »

Dans quelques circonstances que se soit réalisée la donation à titre particulier, si elle a été précédée ou suivie d'autres actes de même nature, si son importance est telle qu'on puisse supposer que le but principal de son auteur a été de priver sa femme de la part que la loi lui assurait, on ne doit pas hésiter à en anéantir les effets à l'égard de celle-ci. Ce que la loi a voulu en sanctionnant le droit de donner à titre particulier, c'est que le mari ou ses héritiers ne fussent pas injustement tourmentés pour quelques minces largesses faites de bonne foi et sans fraude. Tout ce qui s'écartera de ce caractère essentiel devra facilement être considéré comme frauduleux.

826. — La fraude est de plein droit présumée par la réserve de l'usufruit de la chose donnée, stipulée en faveur du donateur. Dans ce cas, en effet, le mari dépouille sa femme sans se dépouiller lui-même. La donation devient bien plutôt une disposition testamentaire qu'une véritable donation. Sous l'un comme sous l'autre aspect, il y a lieu soit d'indemniser la femme, soit d'imputer la valeur des objets donnés sur la part du mari dans la communauté.

La réserve d'usufruit peut n'être pas stipulée à l'effet d'éluder la disposition de l'article 1422, mais son existence est de nature à être prouvée par témoins. Elle peut également résulter de présomptions et d'indices dont l'appréciation est abandonnée aux lumières et à la prudence des juges. L'exécution en ce sens, que la donation aurait reçue, dispenserait de toute autre preuve. C'est ce que le parlement de Paris décida le 7 septembre 1717 [2]. C'est ce qui a été depuis maintes fois consacré par la jurisprudence moderne [3].

Il serait impossible de prévoir tous les développements que le mari peut imprimer à la fraude dans l'exécution du pouvoir qui lui est conféré sur les biens de la communauté. Mais les principes qui précèdent suffiront, par leur application, à résoudre toutes les hypothèses qui se présenteront.

827. — Nous terminons sur ce point en examinant une difficulté que les termes de l'article 1422 ont fait naître relativement aux donations à titre particulier. La loi permet au mari de les faire à toutes personnes, d'où l'on a voulu conclure qu'elle avait dérogé aux règles applicables soit à l'interposition de personnes présumées, soit à celle qui doit être prouvée. Mais on a répondu que s'il existe un principe certain, c'est que le mari n'a pas le pouvoir de se donner à lui-même. Ce principe n'avait pas besoin d'être expressément rappelé, il résulte de la force des choses, il ressort d'ailleurs de la disposition de l'article 1437. Or, le mari qui donne à une personne interposée en sa faveur se donne réellement à lui-même, il fait donc ce qu'il ne peut pas faire, ce qui ne saurait, dès lors, produire le moindre effet. L'interposition de personne serait, dès lors, un moyen de nullité de la donation que rien n'empêche les parties intéressées de faire valoir. Légalement présumée dans les

[1] T. II, p. 173.
[2] Merlin, *Rép.*, v° *Indices*, n° 2.
[3] Bruxelles, 13 août 1813; Orléans, 29 juillet 1822.

hypothèses prévues par l'article 911, elle pourra, dans tous les autres cas, être prouvée tant par témoins que par présomptions.

828. — Comme administrateur des biens de sa femme, le mari a la facilité de commettre des fraudes, soit en dissimulant tout ou partie du mobilier échu à la femme, soit en stipulant des avantages secrets dans les partages, vente ou échange des immeubles personnels à celle-ci.

829. — En prévision de la première hypothèse, la loi oblige le mari à faire dresser inventaire des facultés mobilières que la femme est appelée à recueillir. Faute par lui d'y procéder, comme en cas d'infidélité dans l'accomplissement de cette mission, la femme ou ses héritiers seront admis à prouver la consistance de ces facultés tant par témoins que par commune renommée.

830. — Le second cas constitue une fraude ordinaire, comme lorsque, chef de la communauté, le mari crée des dettes fictives, s'applique les sommes empruntées ou le prix provenant de l'aliénation des biens communs. La répression de cette fraude est donc laissée aux règles ordinaires. C'est à la femme qui l'allègue à la prouver par toutes les preuves autorisées par la loi. Le mari ne serait pas recevable à contester l'admissibilité de la preuve orale sous prétexte que la femme aurait signé la vente, le partage ou l'échange. Le concours qu'elle a donné à l'acte ne peut s'entendre que des stipulations apparentes que cet acte renferme, et jamais de celles que le mari aurait exigées à son insu et contre ses intérêts.

831. — La femme tenue de son dol l'est également de sa fraude. Conséquemment, les simulations concertées par elle et son mari ne sauraient nuire aux tiers qui ont contracté avec eux dans l'ignorance de ces simulations. Ainsi, lorsque les époux, se plaçant frauduleusement dans un des cas prévus par l'article 1558, ont obtenu de la justice l'autorisation de vendre le fonds dotal, l'effet de cette vente est irrévocablement acquis en faveur des tiers restés étrangers à l'acte des époux et qui se sont rendus acquéreurs de bonne foi [1].

Sans doute la femme peut n'avoir obéi qu'à l'influence irrésistible dont nous parlions tout à l'heure. Aussi ne devrait-on pas lui refuser son recours contre le mari. Mais ce motif n'a aucune autorité réelle contre l'acquéreur, devant d'autant moins suspecter le caractère de la vente, que son opportunité avait été, après examen, consacrée par la justice.

832. — Mais l'aliénation du fonds dotal ne pouvant être réalisée qu'aux formes et dans les cas nommément prévus par la loi, il en résulte que si par fraude les époux ont demandé l'autorisation d'aliéner hors ces cas, la vente est nulle contre le tiers de bonne foi, alors même qu'elle n'eût été faite qu'en vertu d'un jugement. La justice elle-même n'a pas le pouvoir de violer la loi; l'erreur ou la surprise à laquelle les juges auraient obéi ne peut donc créer un titre régulier. Personne n'est censé ignorer la loi. L'acquéreur d'un fonds dotal doit s'assurer d'abord si le cas pour lequel l'aliénation est autorisée rentre dans ceux prévus par les articles 1555 et suivants. S'il néglige ce devoir, il s'associe, autant qu'il est en lui, à la violation de la loi, et cette imprudence grave l'expose au recours de la femme ou de ses héritiers.

Il n'y a, à cet égard, aucun doute à concevoir. La prohibition d'aliéner le fonds dotal est impérative et absolue. Elle n'admet d'autres exceptions que celles formellement prévues; à tel point qu'il est aujourd'hui consacré que la vente pour empêcher le mari d'être mis en prison est nulle, la loi ne la permettant que pour l'en tirer [2].

C'est ce même principe que la cour d'Aix vient d'appliquer dans l'espèce suivante :

Les époux d'Heureux, voulant créer un établissement de bains sur un immeuble dotal et ayant fait de nombreuses dépenses, s'adressèrent au tribunal de Marseille, et, sous prétexte de l'amélioration du fonds dotal, lui demandèrent l'autorisation d'hypothéquer jusqu'à concurrence des dépenses nécessaires. 31 mars 1841, jugement qui accorde cette autorisation.

En vertu de ce jugement et par actes des 16 avril et 22 mai suivants, les époux d'Heureux empruntent une somme de 10,000 francs de la dame Thérèse Leouffre, veuve Mottet. Il est formellement énoncé dans ces actes que cette somme de 10,000 francs est destinée à payer à un marchand de meubles les objets mobiliers par lui fournis et à un chaudronnier-plombier les travaux en chaudronnerie, plomberies et pompes par lui faits pour l'établissement des bains. Ce double emploi est effectivement réalisé. Une hypothèque est consentie sur le bien dotal et sur celui du mari solidairement.

Par acte du 26 mai 1845, la dame Leouffe, veuve Mottet, cède sa créance à la caisse hypo-

[1] Caen, 12 juin 1842; Devilleneuve, 42, 2, 462; cass., 17 mars 1847; D. P., 47, 1, 151.

[2] Cass., 26 avril 1842; D. P., 42, 1, 250.

thécaire. Celle-ci ayant poursuivi l'expropriation des biens hypothéqués, la dame d'Heureux demande la radiation de cette saisie en tant qu'elle porte sur ses biens dotaux. Les motifs par elle invoqués sont : 1° que la loi qui autorise l'aliénation du bien dotal ne permet pas de l'hypothéquer ; 2° parce que, dans tous les cas, le tribunal de Marseille ayant autorisé l'aliénation hors des cas voulus par la loi, tout ce qui avait été fait en vertu de cette autorisation était radicalement nul.

Ce système est repoussé par le tribunal de Marseille. Mais, sur l'appel, le jugement est infirmé le 5 août 1850. L'arrêt, remarquablement rédigé par l'éminent président, M. Lerouge, après avoir établi que la faculté d'aliéner entraîne celle d'hypothéquer, considère sur la question qui nous occupe :

« Que la femme mariée sous le régime dotal conserve, en général, lorsqu'il ne s'agit point de sa dot, la capacité de contracter que lui attribue le droit commun ; qu'elle peut ainsi vendre, hypothéquer ses biens paraphernaux avec l'autorisation de son mari ou de la justice ;

« Que la prohibition d'aliéner, d'hypothéquer ses biens dotaux émane uniquement de la loi qui les met hors du commerce, par des raisons d'intérêt public, dans une pensée d'ordre et de conservation ; que cette loi d'inaliénabilité ne tient donc pas à l'incapacité des personnes, mais à la faveur de certains biens, et c'est par ce motif qu'elle est rangée dans la classe des statuts réels ;

« Qu'il suit de là, en premier lieu, que l'intervention de la justice, appelée à autoriser l'aliénation ou l'hypothèque de l'immeuble dotal, n'a pas pour objet de relever soit le mari, soit la femme d'une incapacité personnelle de contracter, mais de lever la prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux dans les cas d'exceptions déterminées par la loi ;

« En deuxième lieu, que, hors de ces cas d'exceptions, l'autorité judiciaire est impuissante à conférer aux époux la faculté d'aliéner ou d'hypothéquer valablement le fonds dotal, car elle a mission d'appliquer et de faire exécuter la loi et non la violer en créant des exceptions à la prohibition d'ordre public qui interdit l'aliénation ou l'hypothèque des biens dotaux en dehors des cas déterminés par la loi. »

833. — L'article 1558 du Code civil, en permettant la vente du fonds dotal, en a en même temps prescrit la forme. Elle doit avoir lieu aux enchères et après trois affiches. Ce mode est de rigueur et ne peut être modifié. Sa violation ferait présumer la fraude, ne pouvant être expliquée que par le désir de restreindre la publicité et d'écarter les concurrents. La femme ou ses héritiers pourraient donc poursuivre plus tard la nullité, sans qu'on pût, comme dans le cas précédent, tirer du jugement d'autorisation une fin de non-recevoir contre leur demande.

Ces principes ne doivent point être négligés. Celui qui se rendra acquéreur ou à qui on s'adressera pour hypothéquer le fonds dotal doit, avant tout, se faire représenter le jugement autorisant l'une ou l'autre. Il ne devra acheter ou prêter que dans l'hypothèse où le fait motivant l'autorisation rentre expressément dans la classe de ceux auxquels la loi applique ce caractère. En cas de vente, il ne devra en accepter aucune, si ce n'est aux enchères et en se faisant justifier des trois publications. A ces conditions seulement, il sera à l'abri de tout recours, alors même que les époux auraient frauduleusement supposé un fait qui n'existait pas.

834. — L'action du mari pour les fraudes de la femme est recevable en tout temps ; celle de la femme pour les fraudes du mari n'est admissible qu'à la dissolution du mariage. En effet, tant que le mariage existe, la femme n'a sur les biens de la communauté qu'un droit d'expectative qui ne devient définitif qu'au moment où, l'association arrivée à son terme, le partage de l'actif amène la liquidation de la portion qu'elle doit recueillir. Jusque-là elle est même sans intérêt pour agir, car elle ignore si le mari ne lui fera pas un compte exact et ne lui attribuera pas volontairement l'indemnité qu'elle a droit de réclamer.

Cette règle n'est pas cependant tellement absolue qu'elle ne puisse supporter une exception. Ainsi, la femme qui a à faire réprimer une fraude commise dans la disposition de ses biens personnels pourra poursuivre cette répression avant la dissolution du mariage. On devrait également l'admettre à le faire dans tous les cas, s'il y avait justes motifs de craindre la disparition des preuves qu'elle est dans le cas d'invoquer. Il ne faudrait pas, par un scrupule qui a son origine dans un sentiment très-respectable, exposer la femme à subir un préjudice dont on lui aurait fait perdre les moyens de prouver l'existence.

835. — De toutes les fraudes que le mariage peut amener, la plus importante, sans contredit, par ses conséquences sur le mariage lui-même, sur l'état des enfants, sur l'avenir de la famille, c'est l'adultère. Ce n'est plus, en effet, seulement un intérêt pécuniaire mis en péril, c'est la vie

commune rendue intolérable, c'est l'honneur des époux compromis, c'est la famille elle-même grevée d'une funeste, d'une déplorable responsabilité.

L'antiquité considérait l'adultère comme un crime et le punissait du dernier supplice. Notre civilisation moderne l'a fait descendre au rang des simples délits. L'adultère n'a même plus aujourd'hui le caractère d'un délit social. Toute initiative est formellement interdite au ministère public. Seul autorisé à le dénoncer ou à le poursuivre, le mari a de plus la faculté de faire tomber les effets de la condamnation, que son pardon rend comme non avenue.

La constatation, la poursuite et la répression de l'adultère n'appartiennent pas aux matières que nous avons à examiner. Nous devons donc nous borner à nous en occuper quant aux effets qu'il produit relativement à la personne et aux biens, à l'influence qu'il peut exercer sur l'état de la famille. Ces effets fort graves sont : d'une part, la séparation de corps; de l'autre, le désaveu.

836. — L'adultère est une cause de séparation de corps. L'époux coupable a tellement forfait à ses obligations, violé tous ses devoirs, qu'il n'a plus le droit de contraindre son conjoint à remplir les engagements qu'il avait de son côté contractés.

La loi ne distingue pas, à l'endroit de la séparation, l'adultère du mari de l'adultère de la femme. Mais la force des choses l'amenait à une différence essentielle dans l'application de ce principe. Les conséquences de l'acte de la femme sont indépendantes des circonstances de temps et de lieu qui l'ont vu s'accomplir. Le préjudice grave qui peut en résulter pour l'époux est de nature à se réaliser à toutes les époques, dans tous les lieux.

L'adultère du mari, au contraire, est plutôt une injure pour la femme qu'une cause de préjudice réel. L'ignorance de celle-ci, sur ce qui se passe loin de ses yeux, enlève au fait toute son importance qui ne saurait dans aucun cas atteindre à un certain degré de gravité.

Il était impossible d'omettre ces considérations dans l'appréciation juridique du tort des époux. Leur influence devait être et a été en effet décisive. L'adultère de la femme autorise, par le fait seul de sa perpétration, l'admission de la séparation de corps demandée. Peu importe qu'il ait été commis dans ou hors le domicile conjugal; qu'il ait été ou non actuellement connu du mari. Il suffit que la preuve en soit administrée au moment de la poursuite en séparation, pour que cette poursuite soit recevable et fondée.

La femme ne peut obtenir sa séparation, pour cause d'adultère du mari, que si cet adultère a été consommé dans la maison commune. L'introduction d'une concubine dans le domicile conjugal dénote un tel mépris pour l'épouse légitime, la place dans une position tellement délicate, qu'on ne pouvait lui imposer la vie commune, rendue insupportable par le voisinage d'une insolente, d'une odieuse rivale.

837. — Il n'est pas nécessaire que la preuve de l'adultère soit acquise au moment où la séparation est demandée, ni qu'elle résulte d'un jugement ayant condamné l'époux coupable. L'articulation du fait dans la requête en séparation motive une enquête dans laquelle l'époux demandeur aura la faculté de fournir les preuves sur lesquelles le tribunal investi appuiera sa décision.

838. — L'adultère était autrefois une cause de divorce. L'abolition de celui-ci ne permet plus aux époux que la séparation de corps. Celle-ci ne laisse pas que d'être pour les époux un événement capital. Car, si elle ne brise pas les liens matrimoniaux, elle les relâche d'une manière sensible. L'époux qui l'a encourue devrait être tenu d'indemniser l'autre des inconvénients qu'il est dans le cas d'en éprouver, des besoins nouveaux qui peuvent en surgir.

839. — On a longtemps agité la question de savoir si la séparation de corps entraînait la révocation des avantages consentis à l'époux dans le contrat de mariage. Cette question, fortement controversée en doctrine, était devenue l'occasion d'une profonde dissidence entre la majorité des cours d'appel et la cour de cassation.

Celle-ci tenait pour la négative, qu'elle fondait d'abord sur le silence gardé par le législateur. Il faut, en effet, remarquer que, pour ce qui concernait le divorce, la loi s'était formellement expliquée dans l'article 299, tandis qu'elle se tait à l'endroit de la séparation de corps. Fallait-il appliquer à celle-ci la disposition sanctionnée pour le divorce? Mais les choses ne sont pas égales pour l'un et pour l'autre. Le divorce, en effet, rompt le mariage, rend les époux étrangers l'un à l'autre, leur prohibe même de se réunir. La séparation de corps, au contraire, laisse subsister le mariage dont les liens reprennent toute leur force par la réconciliation des époux. Cette réconciliation, que la loi appelle de ses vœux, elle a voulu la favoriser en laissant exister entre les époux des points de contact, des relations obligées dont la fréquence peut triompher des sentiments qui les avaient portés à se séparer. On

ne peut donc raisonnablement conclure du divorce à la séparation.

D'autre part, disait la cour de cassation, l'article 959 déclare que les donations faites en faveur du mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude. Or les donations que les époux se font respectivement dans leur contrat sont réellement consenties en faveur du mariage, car elles ont pu déterminer le consentement. L'adultère même n'est qu'une odieuse, qu'une révoltante ingratitude; on violerait donc l'article 959 si on lui reconnaissait pour effet de révoquer les avantages portés au contrat, alors même qu'il a déterminé la séparation.

Cette doctrine de la cour de cassation, à diverses reprises consacrée par elle, avait ramené quelques cours d'appel. Mais le plus grand nombre n'avaient pas cessé de professer l'opinion contraire. Cette persistance a fini par triompher. La cour de cassation est revenue de sa jurisprudence et a décidé enfin que la séparation de corps entraîne la révocation des avantages faits à l'époux dans le contrat de mariage. Nous transcrivons les motifs de cet arrêt parce qu'ils résument les raisons sur lesquelles s'étayaient ceux qui soutenaient l'opinion que l'arrêt consacre.

« Attendu que dans notre ancienne législation, et lorsque la séparation de corps était seule admise, l'époux qui l'obtenait avait le droit de faire prononcer la révocation des donations qu'il avait faites à son conjoint; que le Code civil, en instituant le divorce, en même temps qu'il maintenait la séparation de corps, s'est approprié cette règle, et y a même ajouté en déclarant par son article 299 que l'époux contre lequel le divorce serait prononcé perdrait de plein droit tous les avantages que l'autre époux lui avait faits; que si cette disposition n'a pas été répétée dans le chapitre spécial relatif à la séparation de corps, ce chapitre fait partie du titre *du Divorce* et suit immédiatement le chapitre qui règle les effets du divorce, dont les dispositions, en tant qu'elles ne sont pas inconciliables avec la séparation de corps, en doivent aussi régler les effets; que c'est ainsi que les tribunaux appliquent journellement les dispositions des art. 301, 302 et 303, dans le cas de séparation; que la disposition de l'art. 299, loin d'être inconciliable avec la séparation, n'est que la reproduction, sous une autre forme, du principe consacré par l'ancienne législation; que la déchéance des avantages stipulés soit dans le contrat de mariage, soit pendant le mariage, encourue par l'époux contre lequel la séparation ou le divorce a été admis, est la conséquence des torts de l'époux avantagé, d'où naît une cause d'indignité qui ne peut être effacée par le choix que l'époux a fait entre la voie du divorce et celle de la séparation; que cette cause doit produire les mêmes effets dans l'un et l'autre cas, puisque l'article 306 déclare que la demande en séparation peut être formée pour les mêmes faits qui donnent lieu à la demande en divorce;

« Que les dispositions de l'article 1518 ne démontrent pas moins l'intention du législateur de faire, de la déchéance des avantages stipulés entre époux, une conséquence de la séparation de corps aussi bien que du divorce, puisqu'il fait résulter également de l'une et de l'autre la déchéance du préciput conventionnel; que l'assimilation légale de la séparation au divorce, surtout depuis la loi du 8 mai 1816, résulte d'ailleurs expressément de l'article 2 de cette loi, qui convertit en instances en séparation de corps toutes les demandes et instances en divorce alors pendantes devant les tribunaux;

« Attendu qu'en cet état de la législation, les questions qui peuvent s'élever sur la déchéance des avantages que se sont faits les époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, doivent être décidées par les dispositions contenues au titre *du Divorce*, sans qu'il y ait lieu de recourir au titre *des Donations*; que l'article 959 qui déclare non révocables pour cause d'ingratitude les donations en faveur du mariage, ne peut dès lors, quelle que puisse être l'étendue de ses termes, être invoqué lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de la séparation de corps sur les avantages stipulés entre époux [1]. »

Ainsi, le nouveau législateur n'a voulu innover en rien sur ce qui était admis par la législation précédente. Il a seulement renforcé le principe de la déchéance des avantages matrimoniaux, lorsque de la séparation de corps il en a transporté l'application au divorce. De là l'art. 299 qui ne déclare qu'une seule chose, à savoir : qu'en cas de divorce cette déchéance s'opère de plein droit, sans qu'il soit besoin de la demander. Ainsi fixé, le sens de l'article 299 n'autorise nullement à refuser, dans le cas de séparation, un droit que rien n'est venu proscrire et qui, préexistant au Code civil, a dû nécessairement se continuer à défaut d'une disposition contraire. Tout ce qu'on peut conclure, c'est donc que la séparation de corps ne jouit pas d'un privilége exclusif au divorce : la déchéance de plein droit. Mais l'époux qui la demandera doit l'obtenir, parce qu'il ne serait ni moral ni juste de maintenir le bienfait sur la tête de celui qui s'en est

[1] Cass., 23 mai 1845; J. D. P., t. Ier, 1845, p. 625.

rendu indigne. Telle est du moins la doctrine qui s'infère de l'arrêt que nous venons de rapporter.

Cet arrêt rendu par les chambres réunies, après deux jours de délibération et contrairement aux conclusions de M. le procureur général Dupin, nous paraît devoir fixer la jurisprudence. Aura-t-il pour effet de clore la discussion que la question a fait naître? C'est ce que l'avenir nous apprendra. Quoi qu'il en soit, la cour de cassation, en réformant sa propre jurisprudence, a donné un nouvel et éclatant témoignage de sa haute sagesse, de son mépris pour ce sentiment d'amour-propre qui fait persévérer dans l'erreur qu'on a pu commettre. De pareils exemples, venus de si haut, sont toujours bons à proposer, car ils sont excellents à suivre.

Ainsi, l'adultère motivant la séparation de corps autorise la révocation des avantages faits à l'époux convaincu. Cet effet est commun à l'adultère de la femme et à celui que le mari a commis dans le domicile conjugal. L'effet étant le même, la même peine était une conséquence inévitable.

840. — Nous arrivons à l'une des matières les plus délicates de notre droit : le désaveu de la paternité. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; celui dont la naissance se rattache au mariage est également présumé appartenir aux époux. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant a la possession d'enfant légitime et jouit en conséquence des avantages et des prérogatives attachés à cette filiation.

En réalité, cependant, cette filiation peut n'être qu'un audacieux mensonge, soit qu'abusé indignement, le mari ait épousé une femme portant dans son sein le fruit de son inconduite; soit que, infidèle depuis le mariage, l'épouse ait rencontré dans des relations illégitimes cette maternité qu'elle ne devait demander qu'à son époux.

Dans ces circonstances, l'introduction de l'enfant dans la famille légitime est un véritable vol au préjudice de celle-ci, au préjudice du mari lui-même, auquel on ne pouvait imposer la paternité sans blesser les plus simples notions de l'équité et de la justice, sans pousser le respect pour la fiction jusqu'à la plus absurde idolâtrie. De là la faculté de désaveu dont la consécration dépouille l'enfant de la femme du nom et de la position que celle-ci n'a pas craint de lui donner.

La consécration du désaveu est donc le renversement de la règle, *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant*. Or, le mari ou ses héritiers ne peuvent arriver à ce résultat qu'en prouvant : ou que l'enfant, qu'on dit issu du mariage, n'a été conçu que depuis la dissolution ou avant sa célébration; ou que, conçu et né pendant le mariage, il n'a pu avoir pour père le mari. Le désaveu se rapportera donc nécessairement à l'une de ces hypothèses : naissance précoce, naissance tardive, impossibilité de cohabitation entre les époux.

841. — L'appréciation des deux premières amenait comme conséquence forcée la détermination d'une règle devant en diriger l'exercice. L'intérêt public est trop intéressé à la fixation de l'état des familles pour qu'on pût abandonner au caprice et à l'humeur d'un époux plus ou moins offensé l'emploi discrétionnaire d'une arme aussi redoutable, aussi terrible dans ses résultats. Pénétré de cette idée, le législateur, après de nombreuses et savantes recherches physiologiques, après avoir interrogé les sources de la science les plus élevées, les plus pures, a arrêté le délai de six mois et de dix mois comme le terme de la plus courte et de la plus longue gestation.

En conséquence, l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours depuis la célébration du mariage pourra être désavoué par le mari. Remarquons les termes de la loi : pourra être désavoué. Cependant l'enfant ainsi mis au monde est nécessairement conçu avant le mariage et dès lors illégitime. Mais l'époque de sa naissance, la faveur qui résulte du mariage, l'application, même dans ce cas, de la maxime *pater is est*, etc... attachent à cette naissance une présomption de légitimité suffisante pour lui assurer la possession d'état d'enfant légitime, tant que le désaveu n'est pas venu le lui arracher. Ce désaveu n'est lui-même qu'une faculté laissée au mari, dont le silence équivaut à la reconnaissance formelle de la paternité.

842. — Mais le désaveu fondé sur la naissance précoce doit nécessairement réussir. Ce n'est plus alors qu'une affaire de date. Si, réellement conçu avant le mariage, l'enfant ne peut réclamer le bénéfice de la maxime *pater is est* qui présuppose l'existence du mariage, il ne peut non plus prouver qu'il est le fils de l'homme qui a épousé sa mère, car la recherche de la paternité n'est pas autorisée. Il doit dès lors fatalement succomber sous la réalisation de l'instance en désaveu.

843. — Toutefois cette instance n'est pas elle-même recevable dans tous les cas, et l'enfant qui n'aurait rien à dire au fond peut toujours opposer des fins de non-recevoir à l'admission de la demande. Ces fins de non-recevoir, pour être utilement invoquées, doivent avoir pour objet

d'établir que le désavouant avait d'abord accepté la paternité. Cet effet, la loi le fait résulter : 1° de la connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° de l'assistance et de la signature à l'acte de naissance de l'enfant.

L'importance que la loi attache à chacune de ces circonstances n'a pas besoin d'être justifiée. S'il est vrai, comme le disait un ancien et illustre magistrat, que ce qui décide de la naissance de l'homme, de sa filiation, n'est pas le degré de certitude, mais le degré de vraisemblance ; s'il est vrai qu'en cette matière l'impossibilité de preuves certaines, véritables et authentiques, force de recourir à des conjectures, à des présomptions, à des probabilités [1], pouvait-on en appeler de plus pertinentes, de plus décisives à l'appui du fait à prouver, l'aveu de la paternité.

844. — La connaissance de la grossesse de celle qu'on épouse peut-elle être interprétée autrement que comme la preuve qu'on en est soi-même l'auteur? Et si cette explication se présente d'abord à l'esprit, si elle est la seule raisonnable, la seule plausible, on ne pouvait lui refuser les conséquences qui en découlent forcément à l'endroit de la paternité. Le désaveu qu'en fait ultérieurement le mari est d'avance frappé d'invraisemblance, on ne peut plus le considérer que comme une odieuse, une infâme spéculation, qu'il importait d'arrêter dès le début.

On n'épouse pas la femme qu'on sait enceinte des œuvres d'autrui. Conséquemment, si la connaissance de la grossesse de la future n'a pas empêché le mariage de s'accomplir, c'est que le futur s'est formellement reconnu le seul auteur de cette grossesse et, par une déduction logique, le père de l'enfant qui doit en naître. Le bénéfice de cet aveu est définitivement acquis à celui-ci, et sa légitimité est à l'abri de toute contestation ultérieure de la part de son père.

845. — Notre ancienne jurisprudence allait plus loin encore. Le principal fondement de la maxime *pater is est...*, disaient les docteurs, est la fréquentation légale que le mariage entraîne entre les époux. Donc, si cette fréquentation a existé de fait avant le mariage, elle fera présumer la paternité, et cette présomption recevra du mariage qui a suivi un degré de force, d'évidence, d'autorité à laquelle il paraît presque impossible de résister [2]. On admettait donc la preuve de la fréquentation comme suppléant et faisant présumer celle de la connaissance de la grossesse.

Le Code civil a repoussé cette doctrine. Le législateur a compris qu'une fréquentation telle que celle qui naît des approches du mariage, que les actes de familiarité qui en sont les conséquences n'excluaient pas l'ignorance d'une grossesse qu'on aurait un vif intérêt à dissimuler. Il ne s'arrête donc qu'au seul fait significatif : la connaissance de la grossesse. Tout ce qui tendrait à faire présumer cette connaissance, sans l'établir d'une manière directe, serait donc inutile et frustratoire. Au reste, et comme dans toutes les appréciations de fait, la pertinence des moyens tendant à établir la connaissance de la grossesse est souverainement abandonnée à la prudence du juge.

846. — L'assistance à l'acte de naissance de l'enfant est un motif plus puissant encore que la connaissance de la grossesse, pour refuser au mari la faculté de le désavouer plus tard. Cette assistance doit résulter de l'acte même, soit par la signature du mari, soit par la déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer. On ne peut donc pas équivoquer sur ce que la loi entend par l'assistance du mari. C'est un concours actif à l'accomplissement des formalités constatant la naissance.

847. — Mais il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance auquel le mari a concouru le désigne comme le père de l'enfant. Il suffit que le nom de la mère et sa qualité de femme mariée y soient mentionnés. Le père de l'enfant né d'une femme mariée n'est jamais inconnu. Il est indiqué par la loi elle-même en la personne du mari. Dès lors celui qui assiste et signe l'acte de naissance de l'enfant de sa femme assiste et signe réellement l'acte de naissance de son propre enfant. Il en accepte la paternité et se rend à tout jamais non recevable à le désavouer plus tard.

848. — Le concours du mari à l'acte de naissance de l'enfant peut avoir été empêché par une circonstance fortuite et indépendante de sa volonté. Par exemple, une absence ou une maladie. Pourra-t-on, dans ce cas, suppléer au défaut de comparution devant l'officier de l'état civil par la preuve que le mari a connu la naissance et avoué la légitimité de l'enfant ?

Proudhon [3] tient pour l'affirmative et avec juste raison selon nous. Ce dont la loi se préoccupe dans la conduite du mari, c'est moins l'acte qui lui est imputé, que l'intention que cet acte décèle et comporte. De quelque manière donc

[1] D'Aguesseau, 34e P., t. III, p. 120.
[2] *Id., ibid.*

[3] *De l'état des pers.*, t. II, p. 14.

que se soit manifesté l'aveu de la paternité, il n'en doit pas moins produire tous ses effets.

Supposez, en effet, que le mari se soit empressé d'annoncer lui-même à ses parents l'accouchement de sa femme; ou bien qu'absent de chez lui, il ait répondu à la nouvelle de l'accouchement par des paroles affectueuses pour la mère et pour l'enfant; est-ce que de tels actes ne sont pas aussi décisifs, aussi énergiques que le concours à l'acte de naissance? Autoriser plus tard le désaveu, serait donc méconnaître l'intention évidente de ces premières démarches et violer ouvertement l'esprit de la loi.

Il est de toute équité, en effet, que le désaveu ne soit reçu que lorsque son auteur n'a, dans aucune circonstance, manifesté une opinion contraire à celle qui le fait agir. « Pour que le désaveu du père soit admis, disaient les orateurs du gouvernement, il faut que le mari n'ait laissé échapper, soit au moment du mariage, soit au moment de la naissance de l'enfant, aucun acte, aucun signe, aucun aveu volontaire exprès ou tacite de sa paternité. S'il avait toujours cru que l'enfant lui fût étranger, aucun acte ne démentirait une opinion qui, depuis la naissance de l'enfant, a dû déchirer son âme. S'il a varié dans cette opinion, il n'est plus recevable à refuser à l'enfant l'état qu'il ne lui a pas toujours contesté [1]. »

Ainsi le fait capital c'est l'aveu de la paternité. Or, cet aveu peut aussi bien résulter d'actes formels du mari, de la correspondance que de la connaissance de la grossesse, que du concours à l'acte de naissance. Il n'y a donc aucune distinction à faire dans les effets qu'il doit nécessairement déterminer.

Vainement objecterait-on qu'aux termes de l'article 334 du Code civil, l'enfant ne peut être valablement reconnu que par un acte sous forme authentique. Cet article ne concerne que les enfants naturels nés hors mariage, et auxquels il s'agit de donner une filiation que leur acte de naissance ne leur confère pas. Telle n'est pas la position de l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage. Celui-ci, en effet, a une filiation certaine, il est réputé appartenir aux deux époux et présumé légitime tant que l'admission du désaveu ne sera pas venu lui arracher l'un et l'autre. On ne peut donc assimiler les moyens à l'aide desquels il prétend repousser ce désaveu, avec ceux dont l'enfant naturel peut se prévaloir pour établir sa filiation. Il s'agit, dans un cas, de conserver une position assurée par la loi; dans l'autre, d'acquérir une possession d'enfant. Cette différence dans les effets justifie surabondamment celle que nous admettons dans les éléments à consulter.

Ainsi, la connaissance de la grossesse, le concours à l'acte de naissance, peut être suppléé par des actes d'où l'on peut inférer une reconnaissance de paternité. La fin de non-recevoir existant pour les uns existe également pour les autres, et tout désaveu est désormais impossible. Un intérêt purement privé ne pouvait prévaloir sur les raisons d'ordre public qui militent en faveur de la fixité de l'état des familles. Le père peut, sans doute, être trompé; mais s'il s'est trompé lui-même, s'il a pu croire un instant à la légitimité de l'enfant, c'est que l'illégitimité est au moins douteuse, et, dans le doute, c'est en faveur de l'enfant que la loi a souverainement prononcé.

849. — La non-viabilité de l'enfant rend l'action en désaveu non recevable. Il y avait pour l'admettre ainsi deux motifs décisifs. En premier lieu, l'action en désaveu a pour effet d'empêcher l'enfant de se mêler à une famille à laquelle il est étranger et de recueillir des biens auxquels il n'a aucun droit. L'enfant qui n'est pas né viable ne compte pas dans la famille. Il est matériellement incapable de succéder, sa naissance ne peut donc jamais occasionner un préjudice à qui que ce soit. Le désaveu, en cet état, ne serait plus qu'un scandale gratuit qu'il était de la dignité du législateur de proscrire.

En second lieu, le défaut de viabilité peut n'être que la conséquence d'un accident ayant interrompu les règles ordinaires de la gestation et déterminé l'accouchement avant son terme naturel. Qu'importe, dans ce cas, que cet accouchement se soit réalisé avant le cent quatre-vingtième jour? C'est là un événement imprévu dont la responsabilité n'appartient à personne, car il n'était donné à personne de le prévoir ou de le prévenir. D'ailleurs, comment déterminer, d'une manière précise, l'époque de la conception, lorsque le défaut de viabilité de l'enfant n'existe que parce que l'accouchement s'est opéré contrairement aux lois ordinaires de la nature?

850. — Nous avons déjà vu que le terme de la plus longue gestation a été fixé à dix mois. De là, la conséquence que l'enfant né le dernier jour de ces dix mois après la dissolution du mariage est présumé avoir pour père le mari, et qu'il ne peut être désavoué que dans les formes et aux conditions prescrites pour le désaveu des enfants conçus et nés pendant le mariage.

[1] Voy. *Exposé des motifs et rapport au tribunat.*

Par une conséquence contraire, on aurait dû, ce semble, déclarer de plein droit illégitime l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage. Cependant l'article 315 se borne à dire que sa légitimité pourra être contestée. Doit-on induire de ces termes que, la contestation se réalisant, l'enfant doit nécessairement, et par le fait de sa naissance tardive, perdre la qualité d'enfant légitime, ou bien que les tribunaux ont la faculté de repousser la prétention des ayants droit et maintenir la légitimité de l'enfant par l'appréciation des faits et circonstances?

851. — C'est dans ce dernier sens que jugeait notre ancienne jurisprudence. Mais il faut remarquer qu'à cette époque la législation n'avait arrêté aucune règle applicable à cette matière, et que le recours au droit romain, si souvent utile, n'offrait, à cet égard, qu'une ressource illusoire par les contradictions dans lesquelles ce droit s'était jeté.

En effet, la loi des Douze Tables était plus explicite encore que ne l'a été, depuis, notre Code civil. Elle déclarait formellement illégitime l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage. Mais un édit d'Adrien avait porté à onze mois le terme de la gestation, et cela d'après l'avis des médecins et des philosophes anciens : *In hoc decreto Adrianus se statuere dicit, requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis* [1].

Justinien paraissait avoir condamné cet avis, d'abord en n'insérant pas dans sa compilation l'édit d'Adrien, ensuite en formulant dans le Digeste le principe consacré par la loi des Douze Tables [2]. Mais il paraît plus tard revenir sur ce principe. En effet, dans la novelle 39 il déclare illégitime un enfant né dans le douzième mois de la dissolution du mariage: *Nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto peperit, ut non esset possibile dicere quia de defuncto fuisset partus; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est.* Ce qui paraît indiquer que la solution eût été différente, si la naissance se fût réalisée avant l'expiration du onzième mois.

852. — A ces incertitudes, puisées dans le droit romain, venaient se joindre les incertitudes bien plus grandes encore de la science. Ainsi, un traité spécial, publié en 1766, par un docteur, régent de la faculté de Paris, citait des gestations qui s'étaient naturellement continuées treize, quatorze et même seize mois.

On comprend, dès lors, qu'en l'absence d'une règle législative, qu'au milieu du doute de la législation précédente, des perplexités que les hommes de l'art affichaient, les tribunaux se laissassent aller à une appréciation qu'ils croyaient indispensable. Le résultat de cette conduite avait été celui-ci. Tel enfant né dix mois et quelques jours après la dissolution du mariage était déclaré illégitime, tandis que tel autre, dont la naissance avait eu lieu treize, quatorze et même seize mois après cette dissolution, était reconnu appartenir au mari et, comme tel, devoir jouir des prérogatives de la légitimité.

853. — Le Code civil nous paraît avoir voulu mettre un terme à cette anomalie, en déterminant une règle fixe, invariable, applicable à tous les cas et les régissant tous d'une manière absolue. A ce point de vue, il serait évident que l'article 315 a fait cesser le pouvoir d'appréciation que les tribunaux exerçaient avant sa promulgation. De là cette conséquence qu'aujourd'hui la naissance après plus de trois cents jours du mariage dissous imprime à l'enfant le sceau de l'illégitimité. Cette conséquence peut être injuste dans certains cas; mais il faut aussi avouer que ces cas seront on ne peut pas plus rares; et qu'en les négligeant, le législateur a obéi à l'un de ses principaux devoirs : *Quod semel aut bis extitit prætereunt legislatores* [3].

Évidemment les termes de l'article 315 peuvent prêter au doute, mais ce doute disparaît devant l'explication qu'en donne le législateur lui-même: « Les naissances tardives, dit M. Du-« veyrier au nom du tribunat, n'exigent aucune « disposition conditionnelle. Il est clair que la « légitimité d'un enfant pourra être contestée, « s'il naît dans le onzième mois après la disso-« lution du mariage ou, pour mieux dire, au « moins trois cents jours après le mariage dissous, « parce qu'il ne peut plus placer dans le mariage « ni sa conception, ni, par conséquent, la pré-« somption légale de sa légitimité.

« Pourquoi n'est-il pas de droit illégitime et « mis au nombre des enfants naturels? Parce « que tout intérêt particulier ne peut être com-« battu que par un intérêt contraire. La loi n'est « point appelée à réformer ce qu'elle ignore; et « si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il « reste à l'abri du silence que personne n'est « intéressé à rompre. »

854. — Ainsi, aux yeux du législateur, l'en-

[1] Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. III, chap. XVI.
[2] L. 3, § 11, *de suis et legitimis hæredibus*.
[3] L. 6, Dig., *de legibus*; L. 3, 4 et 5, *ibidem*.

fant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage est illégitime, car il ne peut placer sous l'égide du mariage ni la conception, ni, conséquemment, la présomption de sa légitimité. Mais la loi a compris qu'il y aurait une rigueur injuste à chasser de la famille celui que la famille consentirait elle-même à recevoir, parce qu'elle ne verrait dans l'accouchement tardif de la mère qu'un événement accidentel sans mélange de fraude. Elle a donc voulu consacrer un principe dont elle abandonne la poursuite à la conscience intéressée des parents. Elle accepte la décision de ce tribunal et admet la légitimité si cette légitimité est acceptée. Mais si, rompant le silence, la famille conteste cette légitimité, tout est dit, les tribunaux n'ont plus qu'à appliquer la règle comme le législateur l'a lui-même appliquée dans certains cas.

Ainsi, nous voyons les articles 228 et 296 permettre à la veuve de se remarier dix mois après la mort du mari. Dans l'article 212, le législateur permet d'accueillir, ordonne même de consacrer le désaveu si le mari prouve qu'il a été, pendant les trois cents jours qui ont précédé la naissance, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme; toutes choses inconciliables avec l'idée de la légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution. En effet, si la gestation peut se prolonger au delà de dix mois, la confusion des familles n'est pas dans le premier cas évitée, le désaveu devient un mensonge dans le second, puisque l'impossibilité de cohabitation pendant ces trois cents jours n'est plus un obstacle à la paternité du mari.

Ajoutons que, dans l'hypothèse de l'article 312 et sauf les fins de non-recevoir, le désaveu est la conséquence forcée de la preuve de l'impossibilité de cohabitation. Pourquoi donc l'enfant perdrait-il forcément sa légitimité dans ce cas, et ne la perdrait-il pas également dans celui de la naissance tardive? Est-ce que dans ce dernier la mort du mari, arrivée trois cents jours avant la naissance, n'établit pas suffisamment cette impossibilité de cohabitation dont parle l'article 312? Il est évident, dès lors, qu'on ne pourrait, sans inconséquence, considérer la règle des trois cents jours comme fatale dans un cas, tandis qu'elle ne serait que facultative dans l'autre.

Concluons donc que tout ce que fait l'article 315, c'est d'abandonner le sort de l'enfant à la volonté, à la conscience de la famille. Garde-t-elle le silence, l'enfant conserve sa légitimité. Conteste-t-elle cette légitimité, il n'y a plus qu'une question de date dont les termes extrêmes sont, d'une part, l'acte de naissance; de l'autre, l'acte de dissolution du mariage.

Cette opinion, défendue par des auteurs graves [1], a été sanctionnée par les cours de Grenoble et d'Aix. Il est vrai que les arrêts de l'une et de l'autre examinent les circonstances de fait dont il était excipé. Mais cette appréciation surabondante n'enlève rien à la solution du droit qui y est si nettement formulée [2].

855. — L'action en désaveu est, comme nous le dirons bientôt, personnelle au père; celle en contestation de légitimité appartient à tout ayant droit. Les héritiers mêmes de la mère, qui ne peuvent jamais exercer la première, peuvent exercer l'autre. Quelque similitude qu'il y ait dans les résultats, ces deux actions diffèrent sur plusieurs points essentiels dont le principal est, sans contredit, celui qui concerne la paternité. Ainsi, le désaveu n'a pas d'autres bases que l'absence de cette paternité, dont l'acceptation par le mari assure la légitimité à l'enfant. La contestation de légitimité fait abstraction de cette paternité; la reconnaissance du mari n'éteint pas le droit, car un homme peut donner la filiation, mais la légitimité jamais. Ainsi, le père d'un enfant né dans les cent quatre-vingts jours qui ont suivi le mariage peut reconnaître l'enfant comme lui appartenant, il peut en être réellement le père, et tout cela n'empêchera pas que, sur la poursuite de la partie intéressée, cet enfant ne soit déclaré adultérin, si le moment de sa conception remonte à une époque où ses parents, ou l'un d'eux seulement, engagés dans les liens d'un précédent mariage, ne pouvaient procréer que des enfants adultérins. « Ainsi, dit Toullier, inutilement le mari divorcé reconnaîtrait un enfant né trois cents jours après la prononciation du divorce et lui prodiguerait les soins d'un père : ses héritiers, ses parents, les héritiers mêmes de la mère n'en seraient pas moins recevables à contester la légitimité de l'enfant, parce que le mari ne peut, par cette reconnaissance, détruire la présomption légale et reporter la conception de l'enfant au temps du mariage pour lui donner les droits de famille [3].

856. — Les naissances précoces ou tardives peuvent donc devenir le germe de deux actions. L'une, en désaveu de la part du père ou de ses héritiers; l'autre, en contestation de légitimité,

[1] Toullier, t. II, p. 135; Duranton, t. III, nos 56 et suiv.; Chabot, *Success.*, sur l'art. 725; Proudhon, *Cours de droit*, t. II, p. 28; Zachariæ, t. III, p. 633; Dalloz, *Jurisprud. générale*, vo *Filiation*, p. 55, no 14.

[2] 12 avril 1809; 8 janvier 1812.

[3] T. II, no 837.

de la part de tout ayant droit. Ces deux actions, indépendantes l'une de l'autre, obéissent à des principes différents, quoique arrivant à un résultat à peu près identique. Ajoutons que l'effet du désaveu est absolu et décisif. L'enfant justement désavoué perd sa légitimité envers et contre tous. Le jugement qui statue sur la contestation de légitimité ne lie que les parties contendantes; il reste, pour tous ceux qui n'y ont pris aucune part, *res inter alios acta*.

857. — L'enfant conçu et né pendant le mariage est de plein droit légitime. Énergiquement protégé par la maxime *pater is est*, il ne peut perdre cette légitimité que par le désaveu, lequel n'est lui-même recevable que dans les cas limitativement prévus par la loi.

L'article 312 permet le désaveu au mari, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingt-troisième jour avant la naissance de l'enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

858. — Nous n'avons nullement à insister sur les doctrines plus ou moins ingénieuses que la théorie de l'éloignement a engendrées. Les jurisconsultes anciens, imités en cela par quelques docteurs modernes, se sont livrés à des développements que le Code ne comporte pas ou qu'il ne comporte plus. Tout se réduit désormais à cette idée unique : a-t-il existé une impossibilité physique de cohabitation? et cette question de fait est souverainement appréciée par le magistrat, soit que l'impossibilité alléguée résulte d'une absence au delà des mers ou sur le continent, d'une détention dans une prison ou dans un bagne. Il est évident qu'une pareille appréciation ne saurait reconnaître des limites précises, ni obéir à des règles absolues. C'est par la nature du fait, la position des parties et les circonstances spéciales que chaque espèce devra recevoir la solution qui lui convient.

859. — A côté de l'éloignement et sur une ligne parallèle, se place l'impossibilité physique résultant d'un accident survenu à l'époux. Nous retrouvons ici l'impuissance accidentelle dont nous nous sommes occupés en traitant de la nullité du mariage. Elle est une cause de désaveu, tandis que l'impuissance congéniale, même visible, ne saurait l'autoriser. Nous avons déjà exposé les motifs de cette différence. Nous nous bornons à nous en référer à nos précédentes observations [1].

[1] Voy. t. Ier, chap. III, sect. II, nos 360 et suiv.

Une maladie grave, à l'époque déterminée par l'article 312, serait un motif valable de désaveu. En effet, il ne faut pas que la puissance accidentelle se produise d'une manière permanente et continue. Il suffit qu'elle ait existé réellement au moment de la conception. Cette existence peut provenir d'une maladie comme d'une mutilation. On devrait donc décider dans un cas comme on déciderait dans l'autre ; toutefois, la nature des choses indique avec quelle prudence devrait ici procéder le magistrat. Ce qu'il ne faut jamais perdre de vue, c'est que, dans le doute, la faveur due à la légitimité doit l'emporter.

L'impossibilité physique de cohabitation reconnue et admise, il y a certitude que le mari n'est pas le père de l'enfant. Celui-ci se trouve dès lors rejeté dans la classe des enfants naturels, et privé de tout droit dans la succession du désavouant. De plus, la qualité de femme mariée, que la mère ne saurait répudier, imprime à sa naissance le sceau de l'adultérinité et le réduit, quant à la succession de celle-ci, au droit d'obtenir des aliments.

860. — On s'est longtemps préoccupé de la question de savoir si l'impossibilité morale de cohabitation ne devait pas autoriser le désaveu. Cette question paraît résolue négativement par les articles 312 et 313 du Code. L'impossibilité morale est une abstraction dont le législateur n'a voulu se préoccuper que dans une circonstance unique, celle de l'article 313. C'est ce qui résulte d'ailleurs de l'esprit de la loi et des discussions préparatoires qu'elle a subies.

861. — Ainsi, on avait proposé au conseil d'État de considérer comme un motif de désaveu la séparation des époux, réunie à l'adultère de la femme. Mais cette proposition, d'abord admise par la section de législation, n'a plus figuré dans le projet définitivement adopté. Cette prétérition prouve qu'on a en définitive repoussé la proposition, et que la séparation de corps laisse les époux sous l'empire du droit commun à l'endroit des enfants nés depuis qu'elle a été prononcée. Cela est profondément regrettable, car la séparation, faisant cesser la fréquentation légale que le mariage produit, fait disparaître le principal fondement de la maxime *pater is est*... L'adultère survenu dans ces circonstances ajoute à l'importance de ce premier effet et crée une forte présomption contre la paternité du mari. Cependant celui-ci ne pourra pas même être admis à désavouer l'enfant, si la femme a pris la précaution effrontée de lui annoncer la naissance, éludant ainsi l'ap-

plication de l'article 313. N'est-ce pas là, s'écrie Valette [1], un résultat déraisonnable ?

862. — Peut-être que si le législateur de 1804 avait prévu l'abolition du divorce, la proposition eût-elle rencontré plus de sympathies. Le divorce, en effet, était un remède héroïque contre le mal que nous signalons, puisque, après sa prononciation, la femme, devenant étrangère à son mari, ne peut lui imposer la paternité des enfants auxquels elle donnerait le jour. Quoi qu'il en soit, le silence gardé par la loi du 28 mai 1816 laisse subsister l'effet de la séparation de corps tel que le Code l'avait admis. La paternité des enfants nés après est de plein droit imposée au mari. Il ne peut la récuser que s'il prouve l'impossibilité physique de cohabitation aux époques fixées par l'article 312.

863. — Ce qu'on décidait pour le cas de séparation de corps, on devait le décider pour celui d'adultère. L'adultère de la femme n'exclut pas la paternité du mari, surtout si l'on admet la continuité ou la possibilité de relations entre lui et sa femme. L'enfant peut aussi bien être le fruit de ces relations que le résultat du crime de la mère : *Cum possit et illa* (*uxor*) *adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse* [2]. Or, ces relations, la loi les présume dès qu'elles sont physiquement possibles. Elle ne pouvait donc autoriser un désaveu dont on ne pouvait même établir les fondements d'une manière certaine.

864. — Mais si l'adultère est accompagné de l'aveu tacite de la femme sur ses conséquences, le désaveu devient recevable. La loi trouve cet aveu dans le recèlement de la naissance de l'enfant. Ce fait, personnel à la femme, fournit contre la paternité du mari une présomption d'une gravité incontestable. La naissance d'un enfant est pour une femme vertueuse un sujet d'orgueil et de juste fierté. Cette naissance peut, dans certains cas, exercer une bienfaisante influence sur le sort des époux, contribuer à resserrer le lien qui les unit et dissiper les nuages qui obscurcissaient la vie commune. Dès lors, la conduite de l'épouse déjà adultère qui, loin de déclarer la naissance de son enfant, l'entoure d'un profond mystère, la dérobe au regard de son mari, ne décèle-t-elle pas les replis les plus secrets de son cœur ? N'est-ce pas le cri d'une conscience convaincue et la reconnaissance formelle de l'illégitimité de l'enfant ? N'élève-t-elle pas en un mot, contre celui-ci, un préjugé assez fort pour balancer la présomption fondée sur le mariage [3] ?

865. — Mais balancer une présomption, ce n'est pas la détruire. Aussi le mari qui a prouvé l'adultère de sa femme et le recèlement de la naissance de l'enfant n'a pas encore rendu le désaveu inévitable. Il y a probabilité, aveu tacite de la mère, si un autre motif ne vient pas expliquer sa conduite. Or, en matière de légitimité, ce n'est pas sur des probabilités, ce n'est pas même sur les déclarations de la mère qu'on décide du sort de l'enfant.

Jusque-là donc, il y a seulement doute grave qu'il convient d'approfondir. Le désaveu est recevable. Mais il ne sera fondé que si le mari complète la démonstration qu'il doit faire de l'illégitimité de l'enfant. Conséquemment, et par une exception aux règles ordinaires, la loi lui permet d'articuler et de prouver tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant.

En dernière analyse, pour que le désaveu d'un enfant conçu et né pendant le mariage soit recevable, il faut que la femme convaincue d'adultère le soit également d'avoir recélé la naissance ; pour qu'il soit fondé, il faut que le mari prouve qu'il n'est pas le père de l'enfant, bien entendu qu'il ne s'agit plus ici d'une impossibilité physique, comme tout à l'heure. L'impossibilité morale suffit, et l'on peut la faire résulter de tous faits, de toutes présomptions de nature à corroborer l'induction tirée de l'adultère et du recèlement de la naissance.

866. — Mais que faut-il entendre par le recélé de la naissance ? Cette naissance est un fait complexe impliquant le concours nécessaire de trois caractères : la conception, la grossesse, l'accouchement. De plus, elle ne se manifeste que par la déclaration exigée par l'article 55 du Code civil. Cela étant, l'article 313 entend-il que le recélé porte sur l'ensemble de ces circonstances ? En d'autres termes, faut-il que la femme ait tout à la fois dissimulé, nous ne dirons pas la conception, l'époque en est nécessairement inconnue, mais sa grossesse, celé son accouchement et fait une fausse déclaration ? Suffira-t-il, au contraire, d'une ou de deux de ces circonstances ? Quelle sera l'importance de chacune d'elles ?

Pour résoudre ces questions, il faut se pénétrer de l'esprit de l'article 313, tel qu'il résulte des discussions dont cet article a été l'objet dans le sein du conseil d'État.

[1] Sur Proudhon, t. II, p. 25.

[2] L. 11, § 9, Dig., *ad legem Juliam de adult.*

[3] Toullier, t. II, p. 126, n° 814.

Nous l'avons déjà dit, l'intention du législateur a été de proscrire le désaveu fondé sur l'impossibilité purement morale. Cependant ce principe a dû fléchir lorsque, comme le disait le consul Cambacérès, il fallait se rendre à l'évidence des faits et ne pas placer les juges entre un texte trop rigoureux et le cri de leur conscience.

Mais comment arriver à cette évidence, si les présomptions les plus décisives ne parvenaient pas à en autoriser la recherche? Sans doute l'état des enfants ne pouvait être abandonné à la déclaration plus ou moins intéressée, plus ou moins sincère de la mère. Mais ce qu'une déclaration ne pouvait faire, le mystère dont la femme s'enveloppe dans une circonstance telle que la naissance d'un enfant était de nature à l'opérer. « Si la femme adultère, disait l'orateur du gouvernement, a caché à son mari sa grossesse, son accouchement, la naissance de l'enfant, le sentiment qui lui a dicté ce mystère et imposé les soins et les embarras qu'il exige, est d'une telle prépondérance, qu'il serait injuste de ne pas l'appeler en témoignage sur la question de la véritable paternité. Une femme, en ce cas, ne dit rien, ne déclare rien; au contraire, elle se tait, elle se cache, c'est son cœur lui-même qui, malgré elle, développe ses replis les plus cachés, c'est sa conscience qui laisse échapper son plus mystérieux jugement. »

Ainsi, le silence de la femme est l'aveu tacite le plus énergique de l'illégitimité de l'enfant. Conséquemment, que ce silence porte sur le fait matériel de la naissance, sur l'accouchement ou sur la grossesse, il n'existe pas moins, il n'en doit pas moins produire tous ses effets.

867. — Cependant le silence d'abord gardé sur la grossesse peut être rompu avant l'accouchement, à une époque plus ou moins rapprochée de celui-ci. La connaissance qui en résultera pour le mari lui enlèvera-t-elle la faculté de désavouer l'enfant?

Admettre l'affirmative, c'est rendre la femme arbitre souveraine du désaveu. Elle pourrait, en effet, le rendre dans tous les cas irrecevable en décelant sa grossesse quelques jours avant l'accouchement, après l'avoir dissimulée pendant longtemps. Un pareil résultat serait une iniquité avec d'autant plus de raison, que la conduite de la femme peut n'être dictée que par esprit de bravade et de défi pour placer son mari en dehors des conditions prescrites par la loi pour l'exercice du droit du désaveu. Ainsi, le crime lèverait insolemment la tête, et l'enfant, étranger au mari, se verrait assurer, sans retour, un rang, un titre, un privilége auquel il n'a jamais eu aucun droit.

Une pareille immoralité ne pouvait entrer dans les prévisions du législateur. C'est ce que la cour de cassation vient de décider par son arrêt du 7 janvier 1850.

868. — Le savant rapporteur, M. Mesnard, après avoir examiné la légalité, présentait à la cour suprême les observations suivantes : « Que conclure de tout cela? Une chose bien simple, c'est qu'il n'y a rien d'absolu dans les termes de l'article 313; que tout dépend des circonstances, et qu'en cette matière une grande latitude est nécessairement laissée aux tribunaux... En pareil cas, ce à quoi il faut s'attacher, ce n'est pas à ce que le mari a pu savoir ou ignorer, c'est à ce que la femme a voulu cacher. La loi ne prend pas garde à ce qui a pu venir à la connaissance du mari sur les faits relatifs à la naissance; elle ne s'occupe que de la conduite et de la dissimulation de la femme; elle n'exige pas que le mari ait ignoré la naissance, car il doit la connaître pour pouvoir désavouer; elle veut seulement qu'on la lui ait cachée. Que la femme réussisse complétement ou non dans son œuvre de mystère, jusqu'à un certain point, il importe peu. Les tribunaux auront à apprécier sa conduite; ils auront à vérifier si le secret qu'elle a fait à son mari des signes ou des preuves de la maternité contient ou non cet aveu tacite et spontané que les auteurs de la loi rattachent au recel de la naissance. »

Sur ces observations, la cour de cassation a consacré les solutions suivantes :

« Attendu, en droit, que le législateur, en admettant que la présomption consacrée par l'article 312 du Code civil, après avoir fléchi devant l'impossibilité physique de cohabitation, pourrait également fléchir devant la preuve de l'impossibilité morale de cette cohabitation, a entendu assujettir cette preuve à une condition qui servît de garantie contre les appréciations variables et arbitraires des tribunaux; que c'est ainsi qu'il a exigé dans l'article 313, pour la recevabilité du désaveu fondé sur la preuve de cette impossibilité morale, que la femme eût caché au mari la naissance de l'enfant, trouvant dans ce recel ou cette dissimulation, de la part de la femme, l'aveu tacite de sa faute et un secret jugement de sa conscience contre la légitimité de l'enfant;

« Attendu que, devant cette pensée incontestable de l'article 313, il est impossible d'admettre que le recel de la grossesse soit un fait insignifiant et que le recel de l'accouchement ait été

l'objet exclusif de l'attention du législateur;

« Attendu que la naissance implique, tout à la fois, la grossesse et l'accouchement, et que le recel de l'un ou de l'autre de ces deux faits élémentaires et constitutifs de la naissance peut devenir, selon les circonstances, plus ou moins significatif et tenir lieu de cet aveu tacite que la loi fait résulter du silence de la femme;

« Attendu qu'en pareil cas il y a beaucoup moins à rechercher ce que le mari a pu savoir ou ignorer, que ce que la femme a voulu lui cacher, puisqu'il s'agit uniquement de déterminer la signification morale et intentionnelle du secret dont elle a voulu entourer sa maternité;

« Attendu que si la femme qui dissimule sa grossesse à son mari encourt le juste soupçon de la loi, en commençant ainsi un système de recel, incompatible avec le sentiment de ses devoirs, il ne s'ensuit pas toujours que cette dissimulation doive suffire pour constituer le recel de la naissance; qu'ainsi les conséquences de cette dissimulation peuvent être écartées lorsque la femme, par une révélation loyale et sincère de son état, faite en temps opportun au mari, efface les soupçons et les doutes qui s'attachaient à son silence; mais qu'il en est autrement lorsqu'à la place d'une révélation sincère et spontanée, se produit un aveu intéressé, calculé, déloyal, et qui, au lieu d'être une protestation contre le passé, devient, au contraire, la continuation, la confirmation du recel de la grossesse et met encore plus à nu la pensée coupable qui y a présidé [1].

869. — Il résulte de cette doctrine que le recel de la grossesse équivaut, quant au désaveu, au recel de la naissance. Mais, ainsi qu'on le faisait observer dans l'espèce jugée par la cour de cassation, la grossesse est, pendant longtemps, pour la plupart des femmes, un fait incertain et ignoré. Aussi n'admet-on pas qu'il y ait nécessairement fraude, par cela seul qu'elle n'a pas été déclarée; la femme sera toujours admise à expliquer, à justifier les causes de son silence, et sa dissimulation ne motivera le désaveu que lorsque les tribunaux seront convaincus de la déloyauté qui y a présidé. Cette déloyauté admise dans l'origine, il ne dépendra plus de la femme d'empêcher le désaveu et de consacrer, au gré de son caprice, la légitimité de l'enfant dont elle a d'abord tacitement reconnu l'illégitimité.

870. — Les termes de l'article 313 conduisant à cette conséquence que l'articulation des faits n'est exigée qu'après la décision affirmative sur l'adultère suivi du recèlement, faut-il en conclure que l'action en désaveu ne sera recevable qu'autant qu'il y aura à cet égard chose jugée?

L'affirmative absolue a été soutenue sur le motif que la loi n'admet la faculté de désavouer qu'en supposant *a priori* l'existence de l'adultère et le recèlement de la naissance. Cette existence est donc la condition indispensable de l'action en désaveu; conséquemment, tant qu'elle n'est pas acquise, le désaveu n'est pas recevable. On invoque à l'appui de cette doctrine les paroles de Duveyrier exprimant le vœu du tribunat : *On ne pouvait refuser au mari, qui a* DÉJÀ *prouvé le crime de sa femme et le mystère dont elle a enveloppé le fruit de son crime, la faculté d'offrir à la justice les autres preuves qui peuvent compléter la démonstration.*

871. — La cour de cassation a cependant jugé, et selon nous avec raison, que la recevabilité du désaveu ne saurait être subordonnée au jugement préalable de l'adultère. Mais cet arrêt, rendu le 8 juillet 1812, va plus loin encore, il considère l'adultère comme la conséquence naturelle du recèlement de la naissance, soit de l'admission du désaveu. Il consacre donc que la seule chose à prouver par le mari, c'est le recèlement de la naissance.

Cette doctrine nous paraît inconciliable avec le texte de l'article 313. Évidemment ce texte clair, précis et formel ne s'occupe du recèlement de la naissance que dans le cas d'adultère acquis; ce n'est qu'alors que cette circonstance devient significative. En d'autres termes, ce texte se résume dans cette proposition : pour que le recèlement de la naissance signifie que l'enfant est le produit d'un crime, il faut avant tout qu'on prouve qu'un crime a existé.

872. — Cette interprétation découle logiquement des discussions législatives dont l'article 313 a été l'objet. « L'accouchement d'une « femme, dit Rœderer, et l'éducation de son « enfant à l'insu de son mari ou loin de ses « yeux, ne peuvent être une preuve, pas même « un commencement de preuve que le mari n'est « pas le père de l'enfant. Un mari violent, qui « soupçonnera un commerce clandestin entre « sa femme et un amant, pourra la menacer « des plus redoutables traitements, si elle devient grosse dans le temps sur lequel porte « ses soupçons; cependant elle est grosse au moment de ces menaces; son mari s'absente pour « services publics ou pour affaires particulières; « elle, intimidée, cache son accouchement, le « dérobe à la connaissance de son mari, quoique

[1] Dalloz, 1850, 1, 5.

« l'enfant puisse être de lui comme de l'amant.
« ou de lui seul, la jalousie seule ayant vu un
« amant dans l'homme qui n'était qu'un ami. »

A cette supposition Rœderer en ajoute une seconde, celle où le mari se croyant trompé, ou sachant l'être, dirait à sa femme : L'enfant dont tu es enceinte n'est pas de moi, il faut que tu te gardes de le laisser jamais paraître à mes yeux ; et, comme on s'armait de l'autorité de Cochin pour contester une pareille supposition, Rœderer répondait par ces paroles de d'Aguesseau : *Un père peut très-bien désavouer son propre enfant, et vouloir venger sur le fils l'affront qu'il a reçu de la mère.*

Ces considérations ont-elles été sans influence sur la rédaction de l'article 313 ? Il serait permis de le croire, si les termes dans lesquels cet article est conçu ne donnaient pas la preuve du contraire ; si, après ces discussions, on n'avait pas insisté sur la nécessité de la preuve préalable de l'adultère. Nous avons déjà rappelé les paroles de l'orateur du tribunat. Voici maintenant celles de Bigot de Préameneu, exposant les motifs de la loi : *Comment repousser un mari qui,* AYANT FAIT DÉCLARER SA FEMME ADULTÈRE, *ayant ignoré qu'elle eût un enfant, verrait après coup, et peut-être après la mort de sa femme, cet enfant se présenter comme étant né de son mariage?*

Ainsi, partout la même explication, la même exigence : l'adultère de la femme suivi du recèlement de la naissance. Loin donc que ce recèlement implique comme conséquence la certitude de l'adultère, il faut avouer qu'aux yeux du législateur cette circonstance tire son principal caractère de l'adultère lui-même. Celui-ci prouvé, il y a entre le recèlement et lui une liaison intime, directe, significative. On peut alors dire avec juste raison : *Post hoc, ergo propter hoc.* Le recèlement sans la preuve de l'adultère n'est plus qu'un fait grave, sans doute, mais qui n'a pas une signification bien précise. Il peut tenir à l'une des causes indiquées par Rœderer, il peut encore n'être que le produit d'une coupable affection, qui, pour ne pas diminuer la fortune des enfants déjà nés, n'aura pas reculé devant une odieuse suppression de part.

Tout cela peut paraître difficile à admettre, mais il suffisait d'une probabilité pour que le législateur dût s'entourer des plus rassurantes précautions. Or, la première et la plus simple de toutes était d'exiger la preuve de l'adultère, avant d'assigner cette cause à la paternité de l'enfant. Il n'est pas exact de dire que la preuve de l'adultère peut résulter et résulte même nécessairement du recèlement de la naissance. Cette preuve doit toujours être produite [1]. Que la justice soit moins difficile sur les éléments qui doivent la constituer, alors que le recèlement de la naissance en fournit déjà une présomption, cela se comprend ; mais proclamer toute preuve inutile en présence de ce recèlement, c'est méconnaître, à notre avis, le texte et l'esprit de la loi.

873. — Si nous nous écartons en ce point de l'arrêt de la cour de cassation, nous nous réunissons entièrement à sa doctrine, quant à l'effet de la constatation judiciaire de l'adultère, sur la recevabilité du désaveu. En effet, faire dépendre cette recevabilité de la chose jugée sur l'adultère, serait ne tendre à rien moins qu'à rendre souvent tout désaveu impossible.

Le mari peut n'être mis sur la voie de l'adultère que par la découverte de l'enfant. Son désaveu doit être formulé dans les deux mois de cette découverte, à peine de déchéance. Comment donc pourrait-il échapper à cette déchéance, s'il est obligé de faire d'abord judiciairement constater l'adultère? Cette constatation verra s'écouler les deux mois que la loi lui accorde, de telle sorte qu'au moment où il lui serait permis d'agir, il ne pourra plus le faire. Ainsi interprétée, la loi serait évidemment absurde et injuste.

Tout commande donc au mari qui s'y croit fondé d'introduire l'action en désaveu immédiatement après la découverte de l'enfant. Cette action intentée, il doit : ou, comme le veut Valette [2], prouver d'abord l'adultère et le recèlement de la naissance, et faire ensuite statuer sur le désaveu ; ou, comme l'enseignent divers arrêts, et notamment celui rendu par la cour de cassation le 23 janvier 1831, faire marcher de front la preuve de l'adultère, celle du recèlement et celle des faits propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant. Quoique le mode indiqué par Valette nous paraisse plus juridique, plus conforme au texte et à l'esprit de l'article 313, nous ne voyons dans le second aucun inconvénient de nature à en commander le rejet.

874. — L'action en désaveu est personnelle au mari, de telle sorte que, lui vivant, personne autre n'est recevable à rompre le silence qu'il s'imposerait lui-même. Arbitre suprême de la conduite de sa femme, l'approbation même tacite qu'il lui donne met celle-ci à l'abri de toute attaque : *Probatam enim a marito uxorem, et*

[1] Merlin, v° *Légitimité*, sect. II, § 2, n° 5 ; Toullier, t. II, n° 812.

[2] Sur Proudhon, t. II, p. 32.

quiescens matrimonium, nemo debet alius turbare atque inquietare [1]. C'est dans ce sens que le droit accordé au mari ne constitue qu'une simple faculté dont il lui est toujours loisible de ne pas user. Seul et unique juge des intérêts, des besoins et de l'honneur de la famille, il prononce souverainement à l'encontre de tous, il peut connaître la faute, mais il peut vouloir l'ignorer et la cacher; à lui donc le droit de punir, le droit de se venger, mais à une condition : c'est de n'être pas privé du droit de pardonner [2]; le pardon qu'il accorderait assurerait la légitimité de l'enfant.

875. — Le silence gardé par le mari suppose dans tous les cas ce pardon. Conséquemment il éteint l'action que nul ne peut plus intenter à l'avenir, mais, pour produire cet effet, ce silence doit s'être prolongé au delà du délai accordé par la loi pour l'exercice du désaveu. Tant que ce délai n'est pas expiré, le silence peut être rompu, et, si le mari meurt en cet état, l'action en désaveu est au nombre de celles que ses héritiers sont appelés à recueillir et qu'ils ont dès lors qualité pour poursuivre. C'est ce qui est textuellement édicté par l'article 317 du Code civil.

La personnalité de l'action ne cesse donc que dans le cas de mort avant l'épuisement du délai que la loi donne au mari pour réaliser le désaveu. Le mari n'a pas définitivement pardonné tant qu'il peut encore réclamer; en cet état, ses héritiers deviennent à leur tour les arbitres de l'opportunité d'une action à laquelle ils peuvent avoir un immense intérêt.

876. — Les héritiers dont parle l'article 317 sont aussi bien les héritiers testamentaires que les héritiers légitimes. Les uns et les autres sont également les représentants du défunt, jouissant des mêmes prérogatives, soumis aux mêmes obligations; ils sont donc également admissibles à poursuivre le désaveu. Cette faculté n'étant attachée qu'à la qualité d'héritier, il est certain que celui qui, appelé à la succession, y aurait renoncé, ne pourrait plus prétendre à l'exercer.

Il résulte encore des termes de l'article 317 que l'action en désaveu appartient exclusivement aux héritiers du mari. En effet la femme, quelque intérêt qu'elle eût d'ailleurs à le faire, ne saurait être admise à désavouer l'enfant qu'elle aurait elle-même frauduleusement introduit dans la famille : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Ses héritiers ne pourraient donc trouver dans sa succession une action qui n'a jamais existé. A cette raison légale s'ajouterait un motif d'honnêteté publique. Comment concéder à l'héritier de la femme une faculté dont l'exercice déshonorerait celle dont il tient ses droits et ajouterait ainsi le scandale à l'immoralité?

877. — Ainsi les héritiers du mari ont seuls qualité pour désavouer l'enfant se prétendant issu du mariage entre sa mère et leur auteur. Ce droit est subordonné à la mort de celui-ci avant l'expiration des délais pendant lesquels il peut réaliser lui-même l'action. La mort survenue après l'expiration de ces délais a éteint l'action qui n'a pu ainsi se transmettre aux héritiers. La légitimité de l'enfant est donc inattaquable. Tant que le mari est vivant, nul autre que lui ne peut désavouer l'enfant, l'action lui étant exclusivement personnelle, puisque seul il peut en apprécier exactement l'opportunité et la justice.

C'est par application de ce principe qu'on doit résoudre deux questions fort importantes en matière de désaveu. L'héritier présomptif envoyé en possession provisoire des biens de l'absent, le tuteur du mari interdit, pourra-t-il désavouer l'enfant qui se prétend issu du mariage?

878. — Merlin, qui ne voit aucun doute possible sur le droit du tuteur de l'interdit, enseigne également l'affirmative sur la première question. Le jugement, dit-il, qui envoie l'héritier présomptif en possession des biens de l'absent, lui en transfère de plein droit l'administration; et qu'entendent les articles 120 et 125 par *biens?* Ce ne sont pas seulement les objets corporels dont se compose la fortune de l'absent, ce sont aussi tous les droits incorporels; ce sont par conséquent aussi toutes les actions qu'il pourrait exercer lui-même s'il était présent, et, par une conséquence ultérieure, c'est aussi l'action par laquelle, s'il était présent, il pourrait désavouer l'enfant conçu par sa femme à une époque où, par son éloignement, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec elle.

Qu'importe, continue Merlin, que l'envoyé en possession provisoire des biens de l'absent ne soit ni physiquement le même que lui, ni son héritier? L'absence de cette qualité ne lui enlève aucuns des droits qui y sont attachés (moins celui d'aliéner ou d'hypothéquer), comme il en supporte aussi toutes les charges, comme il est obligé, aux termes de l'article 134 du Code civil, de défendre à toutes les actions intentées contre lui. Ce n'est pas tout, par cela seul qu'il est saisi de la possession de tous les biens de l'absent, il a nécessairement qualité pour repousser toutes les prétentions qui tendraient à l'en dépouiller par une autre voie que celle indiquée par l'arti-

[1] L. 26, Dig., *ad legem Juliam de adult.*

[2] Martin de Strasbourg, Mémoire pour l'affaire Hermann.

cle 131, c'est-à-dire par la preuve de l'existence de l'absent.

Répondant à l'argument tiré des articles 312 et 317, qui ne désignent comme capables de désavouer que le mari ou ses héritiers, Merlin soutient que cela ne peut s'entendre que de l'enfant né pendant le mariage. Or, on ne pourrait considérer comme tel celui qui est né trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, à moins qu'il ne prouvât l'existence du mari au moment de la conception. En effet, l'absent n'étant, lors de l'envoi en possession provisoire, réputé ni mort ni vivant, c'est à ceux qui réclament des droits sur le fondement de son existence à rapporter la preuve de l'une ou de l'autre [1].

879. — Malgré la juste autorité depuis longtemps acquise au célèbre jurisconsulte dont nous venons d'analyser l'opinion, il nous est impossible d'admettre sa doctrine dans toute son étendue. A nos yeux, l'envoyé en possession provisoire n'est qu'un mandataire qui sera peut-être définitivement exclu de la succession de l'absent. Il n'est momentanément appelé que dans la supposition que celui-ci est réellement mort au moment de la disparition ou des dernières nouvelles. Mais cette supposition n'est pas consacrée par la loi comme l'expression de la vérité, d'où la conséquence, en vertu du principe même consacré par Merlin, que toutes les fois que le droit que veut exercer l'envoyé en possession provisoire suppose la mort réelle de l'absent, il devra justifier cette mort qui seule lui en rendra l'exercice possible.

Jusqu'à cette preuve, la qualité de l'envoyé en possession provisoire reste problématique et incertaine, on ne sait pas même s'il sera ou non héritier. Comment, dès lors, l'autoriser à intenter l'action en désaveu sans oublier les considérations si puissantes qui ont fait concentrer cette action sur la tête du mari, tant qu'il est vivant? Il est évident, en effet, que l'héritier présomptif n'aura pas les mêmes motifs pour agir, dans la poursuite du désaveu, avec la prudente circonspection que le mari y apportera. Il sacrifiera tout à son intérêt du moment, sans se préoccuper de l'honneur de la femme, des droits de l'enfant, que le mari, que les héritiers définitivement appelés n'auraient peut-être jamais attaqués.

Il est vrai, comme le remarque Merlin, que le jugement qui aura admis le désaveu ne sera pas obligatoire, en ce sens que le mari à son retour, que les héritiers à l'époque de son décès pourront en répudier le bénéfice. Mais le scandale n'en aura pas moins été produit, la femme et l'enfant n'en resteront pas moins flétris aux yeux du public, et cela parce qu'un parent avide aura été momentanément chargé de la gestion de biens auxquels il doit, en dernier résultat, demeurer étranger.

Il n'a donc pu être dans la pensée de la loi d'armer le provisoire de la faculté de prendre des mesures ayant un tel caractère de perpétuité contre les personnes. La preuve la plus décisive, c'est qu'elle refuse tout ce qui aurait ce caractère à l'endroit des biens. Elle en confie l'administration, mais à la charge de faire inventaire, de donner caution, de rendre compte; mais elle prohibe toute aliénation par vente ou hypothèque; enfin, et quant aux actions actives, elle ne permet pas à l'héritier présomptif d'intenter les actions immobilières et de transiger sur les actions mobilières, sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation [2].

Le véritable caractère d'une pareille administration est facile à déterminer, c'est un dépôt accompagné d'un mandat légal. Sans doute, et contrairement à ce qui se réalise dans l'un et dans l'autre contrat, l'envoyé en possession provisoire fait siens une partie des fruits des biens qu'il administre. Mais cette dérogation, d'ailleurs formellement écrite dans la loi, est toute dans l'intérêt de l'absent. Qui aurait osé obtenir l'envoi en possession, si dix ans ou vingt ans après, l'absent reparaissant, on eût été obligé de lui restituer, avec le capital, la totalité agglomérée des revenus consommés année par année, et quelquefois sans trop d'avantages et de profits?

L'héritier présomptif n'a donc en réalité qu'un mandat salarié et restreint. Il administre les biens qu'il reçoit en dépôt, en attendant l'événement du décès de l'absent. Il n'est donc pas cet héritier dont parle l'article 317, et qui, à la tête de l'hérédité, en dispose à sa libre volonté, sans restrictions et sans contrainte. Celui-ci est, pour tous les droits afférant au défunt, ce qu'était le défunt lui-même. On ne peut donc accorder au premier une faculté limitativement réservée au second.

Mais, dit Merlin, l'article 317 ne concerne que l'enfant né pendant le mariage; or, on ne pourrait considérer comme tel celui qui est né trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles. Merlin a raison. Mais la question qui nous occupe ne pourra jamais naître à l'occasion

[1] *Quest. de droit*, v° *Légitimité*, § 3.

[2] De Plasman et Moly, *des Absents*; Proudhon et Toullier, même titre.

d'un enfant né dans cette dernière hypothèse.

En effet, l'article 120 appelle à la possession provisoire des biens de l'absent l'héritier présomptif au jour de la disparition ou des dernières nouvelles. Cela posé, de deux choses l'une: l'acte de naissance de l'enfant place sa conception à une époque antérieure ou postérieure au jour de la disparition ou des dernières nouvelles.

Dans le premier cas, l'enfant est le seul héritier présomptif pouvant et devant obtenir l'envoi en possession. Or, comme il est reconnu qu'en cette matière les jugements n'acquièrent jamais force de chose jugée contre les parents plus rapprochés que celui qui les a obtenus, il suit que, dans notre hypothèse, l'enfant obtiendrait l'envoi en possession sans être obligé d'attaquer et de faire rétracter la décision déjà rendue et conférant cette possession à un parent collatéral. Celui-ci ne pourrait empêcher ce résultat qu'en désavouant l'enfant. Mais cette action de sa part suppose le décès du père sur lequel elle est uniquement fondée. Dès lors il doit, pour être recevable, prouver ce décès en vertu du principe admis par Merlin, que, lors de l'envoi en possession provisoire, l'absent n'étant réputé ni mort ni vivant, c'est à celui qui réclame un droit sur le fondement de sa mort ou de son existence à prouver l'une ou l'autre.

Dans le second cas, l'enfant non encore conçu au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, n'était pas à cette époque l'héritier présomptif. Il ne peut donc pas obtenir l'envoi en possession provisoire. Le collatéral qui a requis cet envoi qui lui a été accordé, ou qui le demande en sa qualité d'héritier présomptif, doit être préféré à l'enfant sans qu'il ait besoin de le désavouer [1]. Celui-ci ne pourrait empêcher cette préférence qu'en justifiant de l'existence de l'absent au moment de sa conception; et, comme sa prétention repose uniquement sur cette existence, il serait dans la nécessité d'en fournir la preuve préalable, en vertu du principe que nous rappelions tout à l'heure.

La nécessité pour le collatéral de désavouer l'enfant ne naîtrait qu'après que cette preuve aurait été fournie. Mais alors aussi naîtrait pour lui l'obligation de prouver le décès, puisque c'est par l'événement de celui-ci que le désaveu deviendrait recevable.

Voilà les conséquences seules vraies, seules logiques, que la règle invoquée par Merlin puisse et doive entraîner. Ainsi appliquée, cette règle concilie parfaitement les droits de chacun avec le caractère essentiellement personnel de l'action en désaveu. Dès lors tombent les objections que ce jurisconsulte éminent fait contre les conséquences de cette personnalité, et, avec ces objections, l'opinion qu'elles avaient pour objet de faire prévaloir.

880. — L'envoyé en possession provisoire ne peut donc pas désavouer l'enfant tant qu'il n'a pas prouvé la mort de l'absent. Le droit que nous contestons à cet héritier, nous le refusons également au tuteur de l'interdit. La doctrine contraire, admise par Merlin, sans développements, sans discussion, nous paraît devoir, dans son principe et dans ses conséquences, conduire à des résultats véritablement monstrueux.

En effet, reconnaître au tuteur de l'interdit la faculté de désavouer l'enfant né pendant le mariage de celui-ci, c'est étendre singulièrement les pouvoirs que la loi lui confie, c'est méconnaître le véritable caractère de l'action en désaveu.

Vainement dit-on que l'article 450 investit le tuteur de la faculté d'exercer tous les droits que le pupille pourrait exercer lui-même. Cela ne peut s'entendre que des droits qui peuvent être légalement accomplis par un représentant, et qui ne se placent pas dans la catégorie de ceux que l'interdit pourrait seul exercer. Ainsi personne ne s'avisera de soutenir que le tuteur peut se marier pour le pupille, tester pour lui, faire une donation, adopter, reconnaître un enfant naturel, ni être tuteur ou membre d'un conseil de famille auquel le pupille serait appelé.

Or, tout cela, celui-ci le pourrait s'il était *integri status*. Donc, il ne suffit pas que l'interdit ait le droit de faire un acte quelconque pour que le tuteur puisse l'exécuter en son nom. L'argument tiré de l'article 450 ne résout donc pas la question, cette disposition ne s'appliquant, de près ni de loin, aux actes tellement attachés à la personne, que cette personne est seule capable de les exécuter. Tout ce qui tient à l'état de la famille rentre nécessairement dans cette catégorie. Or, le désaveu intéresse essentiellement celle-ci. Donc le pupille peut seul l'exercer comme il pourrait seul adopter, reconnaître un enfant naturel, se marier, poursuivre la séparation de corps ou le divorce.

Dans ses conséquences, le désaveu de la part du tuteur amènerait à des résultats quelquefois iniques. Remarquons d'abord que la chose jugée contre le tuteur ou en sa faveur nuit ou profite au pupille, de telle sorte que l'enfant déclaré illégitime, sur la poursuite du premier, serait à

[1] Cass., 3 décembre 1834.

tout jamais rejeté de la famille. Il ne serait donc pas permis au père, revenu à la raison, de réclamer comme sien l'enfant qui lui appartiendrait réellement, et dont il avouerait la paternité; l'enfant qui, dans ses moments lucides, avait peut-être été sa joie, sa consolation, et l'on ne reculerait pas devant une pareille éventualité? Et l'on encouragerait ainsi un intérêt sordide à se substituer à des droits légitimes en exploitant avec habileté le mystère de la naissance de l'enfant, rendu plus impénétrable par l'infirmité du père? Ainsi, cette infirmité même sera un péril pour l'enfant, car il ne pourra interroger des souvenirs et des impressions qui, s'ils se fussent produits, auraient été pour lui la plus utile défense.

Ce serait donc contrairement à la justice, à l'équité, à l'intérêt même de l'interdit qu'on confierait à son tuteur le droit de désavouer l'enfant. Le père pourrait voir, malgré sa volonté, son propre fils injustement dépouillé de son droit, sa fortune passer à un avide collatéral, son honneur compromis, celui de sa femme perdu, et tout cela lorsque la loi lui confie la mission de pouvoir se taire, le droit sacré de pardonner, lorsque seul il est en état d'apprécier non-seulement la convenance et l'opportunité, mais encore la portée morale du désaveu.

Nous n'hésitons pas, quant à nous, à refuser cette action au tuteur; nous ne pensons pas qu'on puisse substituer à la juste appréciation du mari une appréciation manquant de bases et souvent trop intéressée. La raison légale qui nous détermine et qui vient à l'appui des considérations morales qui précèdent, c'est que l'action en désaveu est une faculté plutôt qu'un véritable droit, et que si le tuteur peut faire valoir ceux-ci, il n'a aucune qualité en présence d'une faculté exclusivement attachée à la personne du pupille [1].

881. — Cette doctrine n'a pas cependant prévalu devant la cour de cassation. Un arrêt de la cour de Colmar, la consacrant, a été cassé le 24 juillet 1844 [2]. Nous avons mûrement examiné les motifs de la cour de cassation, et, nous osons le dire, ils ne nous paraissent pas de nature à infirmer les hautes et puissantes considérations sur lesquelles la cour de Colmar étayait sa décision.

882. — Ce qui semble préoccuper la cour suprême, c'est la disparition de la preuve dans le temps que dure l'interdiction. C'est là, sans doute, un inconvénient qu'il faut bien subir, si, en définitive, la loi ne permet pas de l'éviter. Or, cette prohibition résulte de la nature de l'action qui n'a été donnée au mari lui-même qu'à regret; elle résulte de la force des choses, si la position seule du mari ne lui permet pas d'agir avant la levée de l'interdiction. Cet inconvénient a d'ailleurs excité l'attention du législateur, c'est de Malleville qui nous l'enseigne [3]; et si, l'ayant aperçu, il n'a rien fait pour y remédier, c'est évidemment qu'il ne l'a pas jugé suffisant pour autoriser une exception à la nécessité de rendre l'action personnelle au mari. Admettre cette exception, c'est donc aller au delà de sa volonté.

De quel poids d'ailleurs peut paraître cet inconvénient, à côté de ceux bien autrement graves qu'il y aurait à conférer l'action en désaveu à un tiers étranger aux détails intimes de la vie de famille? « L'époux seul, dit la cour de Colmar, peut faire connaître au juge la pensée qui lui est propre, les graves et impérieux motifs (motifs qui ne peuvent être qu'exclusivement personnels) du juste ressentiment qui a déterminé son action; de même aussi que c'est à lui seul que peuvent s'adresser utilement et fructueusement, de la part de l'épouse et de l'enfant, des appels à ses souvenirs, à sa mémoire, à sa conscience, aussi bien qu'à des affections ou des sentiments qui n'abandonnent jamais entièrement le mari qui se croit outragé, alors encore qu'il sollicite les sévérités de la justice; appels qui, s'ils étaient entendus, mettraient à l'instant un terme à une lutte toujours douloureuse, tandis que, adressés à un tiers étranger à la vie intime des époux, à l'intérieur de la famille, guidé souvent par des influences qui peuvent ne pas être désintéressées, ils ne sauraient produire aucun résultat, celui-ci ne pouvant pas même y répondre. »

Ainsi, la femme sera fatalement déshonorée, l'enfant sera inévitablement adultérin, parce qu'ils n'auront pu faire un appel à la mémoire, au souvenir, à la conscience de leur époux et père; parce qu'au lieu d'un contradicteur pouvant reconnaître son erreur ou recourir à l'indulgence, la loi leur aura donné pour adversaire un tiers qui ne pourrait, alors qu'il serait porté à le vouloir, reconnaître l'exactitude, la sincérité des faits au témoignage desquels ils en appelleront; et c'est à cela qu'aboutiront, en définitive, les précautions dont la loi a cru devoir entourer

[1] Colmar, 21 janvier 1841; Zachariæ, t. III, p. 645.
[2] *Journal du Palais*, t. II, 1844, p. 365.
[3] *Analyse du Code civil*, art. 216.

l'exercice de l'action par le mari lui-même? Nous ne saurions l'admettre.

Mais, dit la cour de cassation, l'action n'est pas exclusivement personnelle au mari, puisque ses héritiers pourront l'exercer. Mais, pour qu'il en fût ainsi, il a fallu que l'article 317 s'en expliquât formellement, ce qui prouve la personnalité de l'action, puisque, si elle n'avait pas eu ce caractère, le droit des héritiers n'aurait pas eu besoin d'être inscrit dans la loi d'une manière spéciale. Les principes généraux suffisaient. Nul ne contestera jamais la faculté pour l'héritier d'exercer les actions appartenant à son auteur.

L'article 317 conduit donc à cette conséquence que le principe général était sans application au désaveu, et, par là, à la reconnaissance formelle de la personnalité de l'action. C'est par pure exception à cette personnalité que ce même article confère, dans certains cas, aux héritiers l'exercice de cette action, et ce caractère exceptionnel de cette disposition suffit pour qu'on la restreigne dans ses limites naturelles. La loi, n'appelant que les héritiers, refuse, par cela même, cette faculté aux représentants du mari autres que ces héritiers eux-mêmes. Loin donc de voir dans l'article 317 la preuve que le tuteur a le droit de désavouer, on doit y voir le refus formel en ce qui le concerne : *Qui dicit de uno, de altero negat.*

Nous ne pouvons donc pas considérer l'arrêt du 24 juillet comme le dernier mot de la cour de cassation. La cour de Colmar avait, elle aussi, débuté par reconnaître le droit du tuteur qu'elle avait sanctionné par arrêt du 17 février 1832. Mais elle est depuis revenue de cette jurisprudence. La cour de cassation suivra-t-elle cet exemple? C'est une question qu'il n'appartient qu'à ses profondes lumières et sa haute indépendance de résoudre.

883. — Les fins de non-recevoir que l'enfant pourrait opposer au mari sont opposables aux héritiers. Ainsi, l'aveu de la paternité, la connaissance de la grossesse avant le mariage, l'assistance à l'acte de naissance, feraient repousser l'action des héritiers comme celle du mari lui-même. Bien entendu que tous ces faits, que la connaissance de la naissance de l'enfant, ne sauraient utilement être invoqués que si on pouvait les attribuer au père. Tout ce qui ne ferait qu'indiquer implicitement la paternité, notamment la connaissance de la grossesse, celle de la naissance, qu'on imputerait à l'héritier, serait complétement indifférent.

884. — Mais il en serait autrement des circonstances personnellement imputables à celui-ci et d'où résulterait de sa part la reconnaissance de la qualité d'enfant légitime. Cette reconnaissance créerait une fin de non-recevoir contre tout désaveu ultérieur. C'est dans ce sens que la cour de Montpellier a repoussé l'action de collatéraux qui, ayant concouru à un conseil de famille assemblé dans l'intérêt de l'enfant, avaient ensuite voulu le désavouer [1].

885. — L'action en désaveu par le père doit être intentée dans le mois de la naissance, s'il est présent sur les lieux; dans les deux mois du retour, s'il était absent lors de l'accouchement. Par l'absence, la loi entend ici la non-présence du mari sur les lieux, quel qu'en ait été le motif, tout comme le retour, faisant courir le délai de deux mois, est la rentrée du mari aux lieux habités par la femme et non pas la réintégration du territoire de la France après un séjour en pays étranger [2].

C'est aussi un délai de deux mois qu'on accorde au mari dans le cas de recèlement de la naissance, et ce délai ne commence à courir que du jour de la découverte de la naissance frauduleuse et de l'existence de l'enfant. La détermination de ce point de départ n'est que la juste conséquence de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Quelque faveur que mérite la fixité de l'état de famille, on ne pouvait consacrer en faveur de l'enfant la faculté de prescrire contre le mari un droit dont celui-ci ne pouvait même soupçonner l'existence. Il était facile de prévoir que dans tous les cas on s'arrangerait de manière à ce qu'il ne le connût qu'après l'époque où il aurait pu l'exercer; et c'est ce qu'il importait de prévenir.

De là cette autre conséquence, que l'interdiction du mari le plaçant dans une impossibilité légale d'agir, le délai de deux mois ne commencera à courir contre lui qu'à partir du jour de la levée de l'interdiction.

886. — La mort du mari avant l'expiration du délai qui lui est accordé confère à ses héritiers le droit de désavouer l'enfant. Ces héritiers ne jouissent pas seulement du temps qui restait à courir lors de la mort de leur auteur, ils ont un délai qui leur est propre et personnel, et dont la durée est de deux mois.

887. — Mais le point de départ de ce délai varie selon qu'à la mort du mari l'enfant a pris ou non possession de l'hérédité. Dans le premier cas, les héritiers, empêchés d'user de leur droit,

[1] 4 février 1824.

[2] Paris, 9 avril 1831.

sont en demeure de le faire valoir immédiatement. Les deux mois courent donc du jour de la mise en possession.

Ils courent du jour de la réclamation de l'enfant, si les héritiers en possession de l'hérédité sont troublés dans cette possession par cette réclamation. Le silence qu'ils ont gardé jusqu'à ce moment peut n'être que le résultat de l'ignorance de l'existence de l'enfant, dont ils ne sont d'ailleurs jamais tenus de provoquer l'action. Mais le trouble se réalisant, et l'enfant ayant manifesté ses prétentions, le silence n'est plus permis. Il y a intérêt et dès lors devoir à agir. La méconnaissance de ce devoir pendant plus de deux mois rend non recevable toute action ultérieure.

Notons que par trouble à la possession, la loi entend non une prétention verbale plus ou moins publiquement affichée, mais tout acte sérieux par lequel l'enfant, sans réaliser encore son action, annonce l'intention formelle de l'intenter. Ainsi, le délai de deux mois aurait un point de départ incontestable non-seulement dans l'assignation donnée à la requête de l'enfant à fin de restitution de l'hérédité, mais encore dans l'acte extrajudiciaire par lequel il signifie qu'il va se pourvoir [1].

888. — Les exigences de la loi relativement au délai sont pleinement satisfaites, lorsque, dans la durée de celui qui leur est imparti, le mari ou ses héritiers ont notifié le désaveu par acte extrajudiciaire. Mais, aux termes de l'article 518, cet acte doit être suivi, à peine de nullité et de déchéance, d'une action en justice intentée dans le mois de sa date. L'omission de cette formalité assurerait la légitimité de l'enfant et rendrait le désaveu comme non avenu. Toutefois, le délai accordé par l'article 518 ne peut jamais restreindre celui accordé par les articles précédents. Il n'est, à proprement parler, qu'un délai supplémentaire. Conséquemment, son expiration n'entraîne réellement la déchéance que si elle coïncide avec celle des délais prescrits par les articles 516 et 517. Tant que ceux-ci ne sont pas écoulés, le désaveu peut être porté en justice malgré qu'il ait été annoncé par un acte extrajudiciaire signifié depuis plus d'un mois [2].

889. — L'enfant est le défendeur principal au désaveu; c'est donc contre lui que l'action doit être intentée et poursuivie. D'autre part, la mère est aussi une partie essentielle sans la présence de laquelle il serait impossible de poursuivre le désaveu. Seule, elle pourra fournir tous les renseignements tendant à fixer l'appréciation des magistrats. Elle doit donc être appelée dans l'instance, où elle a d'ailleurs un intérêt précieux à défendre, celui de sa réputation, de son honneur. La mère, agissant en son nom personnel, n'a pas qualité pour représenter l'enfant, auquel, s'il est mineur, il est donné un tuteur spécial. C'est au poursuivant qu'incombe la charge de faire procéder à la désignation de ce tuteur.

890. — La naissance d'un enfant peut devenir une occasion de fraude contre l'enfant lui-même. C'est ce qui se réalise dans la suppression ou la substitution de part. Elle peut n'avoir rien de réel et couvrir une odieuse spéculation. Telle est la fraude résultant d'une supposition de part.

891. — L'article 345 du Code pénal considère chacun de ces faits comme un crime et le punit d'une peine afflictive et infamante. La peine est donc la même, mais il y a, dans les caractères constitutifs du crime, une différence qu'il importe de noter par rapport aux époux.

Ainsi la substitution d'un enfant peut être opérée, à l'insu des parents, par des tiers avides et intéressés; la suppression de part se réalisera rarement sans la participation du père ou de la mère; la supposition implique forcément cette participation. Celle-ci renferme de plus la suppression d'état de l'enfant que l'on enlève à sa famille pour l'introduire dans celle qui lui est étrangère.

892. — L'enfant, à qui l'un de ces crimes a fait perdre sa véritable filiation, est admissible à redemander l'état qu'on a tenté de lui enlever. Son action, à cet effet, était certes éminemment favorable. Cependant sa recevabilité a été subordonnée à l'existence d'une preuve littérale, ou tout au moins d'un commencement de preuve par écrit. La crainte d'encourager les spéculations sur le scandale de pareils procès a déterminé l'adoption de cette règle rigoureuse.

893. — A côté du principe sur le commencement de preuve, le législateur a posé la mesure dans laquelle il entendait le restreindre. Ainsi, ce commencement de preuve ne peut résulter que des registres ou papiers du père ou de la mère; des actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante. Les magistrats ne sauraient donc chercher ailleurs les éléments du commencement de preuve. Mais ils ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le document invoqué appartient réellement à l'une

[1] Cassation, 21 mai 1817 et 31 décembre 1834; Orléans, 6 février 1818; Agen, 28 mai 1821.

[2] Cass., 5 avril 1837; Rouen, 5 août 1841; J. D. P., t. I, 1837, p. 256, et II, 1841, p. 242.

des catégories indiquées par la loi. Ainsi, on a pu juger qu'un simple acte par lequel un mari s'oblige à payer une somme à un enfant peut être regardé comme un commencement de preuve par écrit [1].

Les énonciations de l'acte de naissance de l'enfant peuvent aussi être offertes comme remplissant cet objet. Mais, à cet égard, la jurisprudence a toujours procédé avec beaucoup de réserve et de circonspection [2].

Au reste, la disposition de l'article 323 n'est qu'une dérogation au principe de l'article 1348, dérogation commandée par un pressant besoin social, mais dont le législateur ne s'est nullement dissimulé l'extrême rigueur. N'est-il pas, en effet, exorbitant d'exiger d'un enfant, à qui on a volé son état, la preuve écrite du crime dont il est victime? Il convient donc, dans la pratique, de concilier la rigueur du droit avec l'intérêt qui naît de cette considération, et de mitiger autant que possible la sévérité de la règle. C'est dans ce but que la loi a permis d'admettre la preuve orale, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, lorsque les présomptions et indices résultant des faits dès lors constants sont assez graves pour l'autoriser. C'est au tribunal investi qu'appartient le droit d'apprécier souverainement la gravité de ces indices et présomptions.

894. — L'action en suppression ou en substitution de part est personnelle à l'enfant. Celle en supposition peut être intentée par les parents et par les tiers qui y ont intérêt : *De partu supposito soli accusant parentes aut hi ad quos ea res pertineat* [3]. L'économie de nos lois n'a rien qui répugne à cette règle, confirmée par la consécration constante de cette maxime : Que l'intérêt est la mesure de l'action.

895. — La réserve faite en faveur des parents ou des tiers a d'ailleurs une autre signification. Malgré que le fait soit un crime aux yeux de la loi pénale, elle exclut la poursuite d'office de la part du ministère public. Ainsi, en l'absence de réclamation de la part des parties intéressées, la supposition de part, même prouvée, ne saurait devenir la matière d'une poursuite criminelle. Vainement a-t-on fait remarquer que cette doctrine assurait l'impunité du coupable, puisque les parents n'ayant qualité qu'au moment où s'ouvre la succession que l'enfant supposé est appelé à recueillir, l'action publique se trouvait nécessairement éteinte par la mort de l'auteur de la supposition. La cour de cassation n'en a pas moins été inébranlable dans un principe clairement écrit dans le droit romain, et qui s'induit forcément du texte de l'article 327.

Au reste, quant aux parents eux-mêmes, ce reproche est loin de pouvoir être appliqué dans toutes les hypothèses. Il suppose en effet que l'auteur de la supposition est celui dont la succession est ouverte, tandis qu'il peut se faire qu'il soit resté étranger à cette supposition, malgré qu'elle n'ait été réalisée qu'en vue de sa succession. Il est certain que, dans cette dernière hypothèse, les coupables pourraient être encore atteints par la justice, mais cela se réalisera bien plus facilement par rapport aux tiers. Une personne se marie après avoir donné tous ses biens; désireuse de faire rétracter cette donation, et, n'ayant point d'enfant de son mariage, elle suppose qu'il lui en est né un qu'elle fait inscrire comme sien, et poursuit ultérieurement la révocation de la donation. Mais le donataire prouve la supposition. Le jugement qui la consacre permettra au ministère public d'agir dans l'intérêt de la vindicte publique et d'atteindre le coupable.

896. — L'action des parents ou des tiers intéressés est régie, quant à la preuve, par la disposition de l'article 323. Leur demande n'est donc recevable que s'ils rapportent soit la preuve littérale de la supposition, soit un commencement de preuve par écrit. Ils ne peuvent pas se prétendre plus étrangers à la supposition que l'enfant à la suppression ou à la substitution; ils ne sauraient donc trouver mauvais qu'on les soumette à des exigences que l'enfant doit lui-même subir.

897. — La prohibition de toute poursuite d'office de la part du ministère public s'applique au cas de suppression ou de substitution, comme à celui de la supposition. Dans tous les cas, les tribunaux criminels ne peuvent être directement saisis, même par les personnes intéressées, tant que la justice ordinaire n'a point prononcé sur l'existence du fait. Le motif de cette disposition est facile à saisir; en matière criminelle, la preuve testimoniale est de droit commun, et ceux qui n'auraient pu satisfaire aux prescriptions de l'article 323 n'auraient pas manqué de recourir à la juridiction criminelle. Permettre cette voie, c'était donc autoriser la violation de l'article 323, en ce qui concerne le commence-

[1] Paris, 10 mars 1810.

[2] Dalloz jeune, *Dictionnaire général*, v° *Filiation*, nos 182 et suiv.

[3] L. 30, § 1, Dig., *de lege Cornelia de falsis*.

ment de preuve par écrit; de là, l'attribution exclusive de compétence en faveur des tribunaux ordinaires consacrée par l'article 327. Toutefois l'incompétence de la justice criminelle n'est que temporaire, elle ne doit donc pas se désinvestir d'une manière absolue, il suffit qu'elle surseoie à statuer jusqu'après la décision des tribunaux civils devant lesquels elle doit renvoyer les parties.

898. — Ajoutons que l'action de l'enfant peut avoir pour résultat de lui donner non-seulement une filiation, mais encore la qualité de fils légitime; ainsi, s'il prouve qu'il est né d'une femme mariée, la maxime *pater is est*... lui assigne en même temps pour père le mari; cependant il est loisible à celui-ci, et sans qu'il doive recourir au désaveu, de soutenir qu'il n'est pas le père, et de demander à le prouver. La preuve peut, aux termes de l'article 325, être faite par tous les moyens propres à établir le fait qu'elle a pour objet de justifier.

§ III.

Fraudes à la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

899. — Fraudes que la dissolution du mariage peut faire naître.
900. — Caractère du divertissement et du recélé d'objets mobiliers.
901. — Différence entre l'un et l'autre et l'omission de déclaration à l'inventaire.
902. — Tentative de l'un ou de l'autre. — Caractère.
903. — Dans tous les cas, le juge est appréciateur souverain des faits constitutifs.
904. — Effets du recélé ou du divertissement.
905. — Effet spécial contre la femme.
906. — Peut-on appliquer la peine du recélé, si les effets détournés depuis avaient été portés dans l'inventaire?
907. — Autre effet spécial contre la femme.
908. — La poursuite de ce double effet appartient exclusivement au mari ou à ses héritiers.
909. — La découverte du divertissement ou du recélé donne le droit à la femme ou à ses héritiers de faire rétracter la renonciation qu'ils avaient faite à la communauté.
910. — L'époux ayant encouru la peine du recélé perdrait-il le droit qu'il aurait sur les effets recélés comme donataire de son conjoint?
911. — Le divertissement ou le recélé, qui ne peut être correctionnellement poursuivi contre l'époux, peut l'être contre le complice.

899. — La dissolution du mariage, soit par le décès d'un des époux, soit par leur séparation, amène forcément la liquidation de leurs droits respectifs et le partage de la communauté. Alors aussi peut naître chez l'un d'eux la pensée de s'avantager au détriment de l'autre. L'exécution de ce dessein constitue une fraude punissable, c'est à ce titre que la loi s'est occupée du détournement et du recélé des effets de la communauté.

L'un et l'autre constituent un véritable vol faisant, en droit commun, encourir à leur auteur une peine corporelle; mais des considérations puissantes ne permettaient pas qu'il en fût ainsi pour l'époux convaincu. La décence publique, disait le tribun Duveyrier, le souvenir du lien auguste qui vient de se rompre ou la dignité du mariage, qui quelquefois subsiste encore, ne permettaient pas d'apporter ici ni l'idée, ni le nom, ni la poursuite d'un délit.

Conséquemment, et pour l'un des époux, divertir ou recéler les effets de la communauté, c'est commettre une simple fraude. Quels en sont les caractères constitutifs? quelle est la peine qu'on doit lui appliquer? C'est ce que nous allons exposer.

900. — Il y a divertissement des effets communs, lorsque directement ou indirectement l'époux a dissipé ou consommé une portion quelconque de l'actif de la communauté; il y a recélé, lorsque sciemment on a omis de les faire porter à l'inventaire ou qu'on les a fait disparaître du domicile dans lequel ils devaient se trouver.

Dans l'un et l'autre cas, la condition essentielle c'est l'intention de frauder le conjoint de la part lui revenant. Ainsi le fait matériel ne constitue pas à lui seul la fraude punissable, celle-ci n'existe qu'autant que ce fait est dicté par la mauvaise foi et par une volonté arrêtée de profiter exclusivement des effets détournés et recélés. La preuve de cette double circonstance est donc indispensable pour obtenir la réparation prescrite par la loi.

901. — Toutefois, et au point de vue de la moralité de l'action, il existe une notable différence entre la simple omission à l'inventaire et les autres caractères constitutifs du divertissement ou du recélé. L'époux qui omet peut avoir agi de très-bonne foi et même dans l'ignorance la plus complète de l'existence des objets sur lesquels porte l'omission. Mais cette bonne foi et cette ignorance sont plus difficiles à supposer et à admettre chez celui qui a dissipé, consommé ou enlevé les effets qu'on réclame de lui. Des actes de ce genre ne peuvent raisonnablement, alors surtout que leur auteur connaît l'origine des effets, comporter d'autre idée que celle d'une fraude au préjudice du conjoint ou de ses héritiers.

Quoi qu'il en soit, l'intention frauduleuse doit être prouvée, seule elle imprime à l'acte le degré

de gravité indispensable pour sa répression [1].

902. — De là il résulte que le divertissement ou le recélé perdant le caractère de délit, dans ses conséquences à l'endroit de l'époux, conserve ce caractère dans ses conditions constitutives. C'est la culpabilité de l'acte et non la matérialité à laquelle il faut s'arrêter. Dès lors on a pu très-juridiquement juger que l'époux qui, après la dissolution de la communauté, a fait volontairement des déclarations desquelles il est résulté qu'il présentait comme lui étant propres des biens qui devaient être compris dans la communauté, peut être déclaré coupable de recel [2]; et que la tentative de divertissement, lorsqu'elle n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de son auteur, suffit pour emporter la déchéance [3].

La tentative de détournement ou de recélé est donc punissable comme le fait lui-même, mais à la condition que, persistant dans le projet conçu, l'auteur n'ait vu ce projet échouer que par un fait indépendant de sa volonté. Si l'abandon du projet était volontaire, si même, après avoir consommé le détournement, l'époux avait spontanément, et avant toute poursuite, restitué ce qu'il a enlevé ou offert d'en tenir compte à la communauté, la peine prononcée par l'article 1477 deviendrait inapplicable; il en serait à plus forte raison ainsi pour l'héritier qui restituerait librement les objets que son auteur aurait détournés de la communauté [4].

903. — Au reste, pour le divertissement comme pour le recélé, les tribunaux sont les arbitres souverains des faits pouvant les constituer [5]. La culpabilité de l'époux poursuivi est donc laissée à leur consciencieuse appréciation; il suffit d'ailleurs que l'acte reproché ait été commis sciemment, qu'il doive entraîner pour résultat une lésion pour le conjoint, un avantage pour son auteur. C'est ainsi que la cour de cassation a vu le recélé prohibé dans la vente simulée faite par le mari d'effets mobiliers de la communauté dans le but de se les approprier [6].

904. — Les effets du divertissement ou du recélé des biens communs sont réglés par les articles 1460 et 1477 du Code civil. La femme, comme le mari, perd la portion qui lui serait obvenue dans les effets divertis et recélés. Ces effets, restitués à la communauté, n'entrent plus en partage, quelque considérables qu'ils soient, ils sont intégralement dévolus à celui des époux auquel on a voulu les soustraire. Ainsi, dit Dalloz, l'époux coupable ne partagera pas la valeur des effets contenus dans un riche portefeuille qu'il aurait recélé, et même les acquêts dont il aurait voulu dérober la connaissance en soustrayant les titres. C'est, on le voit, la peine du talion dans toute son énergie.

905. — La peine de l'article 1477 s'applique au mari et à la femme indifféremment. En ce qui concerne celle-ci, le détournement produit d'autres effets non moins importants; ainsi, aux termes de l'article 1460, elle doit être déclarée commune nonobstant sa renonciation.

La femme perd donc par le recélé l'option qui lui est laissée d'accepter ou de renoncer à la communauté. En recélant, elle a fait acte d'immixtion qui fixe désormais sa position et la rend déchue de la faculté de renoncer. Il résulterait de là cette conséquence que le recélé prévu par l'article 1460 est celui qui se réalise avant la renonciation.

Donc, si la femme avait d'abord renoncé et qu'elle se fût plus tard emparée de quelques effets de la communauté, on ne pourrait la faire déclarer commune. Cette doctrine puisée dans le droit romain avait été consacrée par notre ancienne jurisprudence. Nous pensons avec Toullier [7] qu'on doit la suivre encore. En effet, après la renonciation de la femme, il n'y a plus de communauté, l'actif porté à l'inventaire est devenu le patrimoine du mari ou de ses héritiers. Les soustractions dont cet actif est l'objet constituent donc des vols contre le mari, contre ses héritiers, dont la réparation ne pouvait être poursuivie, en droit romain, que par l'action *rerum amotarum;* qui donneraient aujourd'hui ouverture à une poursuite criminelle, si les considérations que nous avons rappelées, si l'article 380 du Code pénal permettaient autre chose qu'une action civile en dommages-intérêts.

906. — L'époux encourrait-il la peine du recélé, si les effets détournés avaient été compris dans l'inventaire? L'affirmative enseignée par Toullier ne nous paraît pas admissible. Évidemment, ce que la loi a voulu prévenir et réprimer ce sont les soustractions réalisées à l'insu des intéressés, et qui rencontrent dans cette ignorance même des chances de réussite. Or, les effets inventoriés sont par cela même connus

[1] Paris, 28 août 1837; J. D. P., 1838, t. I, p. 666.

[2] Bordeaux, 5 janv. 1826 et 18 janv. 1838; J. D. P., 1840, t. II, p. 553.

[3] Bordeaux, 18 janvier 1838, *loco citato;* Paris, 22 juin 1828.

[4] Paris, 5 août 1839; J. D. P., 1839, t. II, p. 485; cass., 10 décembre 1835.

[5] Cass., 12 août 1828 et 18 janvier 1834.

[6] 5 avril 1832.

[7] T. XIII, nos 216, 219.

de tous, de telle sorte que chacun se trouve en position d'en demander compte. La disposition que fait l'un des copartageants, de quelques-uns de ces effets, est donc plutôt une attribution anticipée qu'une véritable soustraction. Les cohéritiers ont d'ailleurs le moyen de prévenir tout préjudice soit en les faisant rapporter à la masse, soit en les imputant sur la portion de celui qui s'en est emparé, et cette faculté, faisant disparaître toute possibilité d'un dommage quelconque, enlève à la fraude son caractère essentiel. En effet, il n'y a fraude que s'il y a un préjudice; on ne saurait dès lors appliquer ni l'article 1460, ni l'article 1477 [1].

907. — Indépendamment de la faculté de renoncer, le recélé fait perdre à la femme le bénéfice que lui confère l'article 1483 de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. En effet, une des conditions essentielles de ce privilége, c'est qu'il ait été rédigé un bon et fidèle inventaire. L'existence avérée d'un détournement ou d'un recélé est exclusif de toute idée d'accomplissement de cette condition. La perte du privilége est donc la juste conséquence de cet état des choses.

Ainsi, pour les époux indifféremment, avoir diverti ou recélé les effets de la communauté, c'est avoir perdu tout droit au partage de ces effets. Cette conséquence est absolue. L'offre que l'époux poursuivi ferait de tenir compte à la communauté de la valeur de ces effets, ou même de les restituer en nature, ne pourrait suspendre ni empêcher l'effet de la peine qu'il a encourue [2].

908. — Pour la femme spécialement, le recélé a pour résultat de la priver du droit de renoncer, de la faire déclarer commune, et de plus tenue *ultra vires* des dettes de la communauté. Mais cette peine est toute dans l'intérêt soit du mari ou de ses héritiers, soit des créanciers; dès lors la faculté de la faire prononcer leur appartient exclusivement; ils peuvent se borner à poursuivre la restitution des effets détournés ou de leur valeur, le mari ou ses héritiers surtout pouvant être intéressés au maintien de la renonciation réalisée après le recélé.

909. — De leur côté, la femme ou ses héritiers qui, trompés sur la consistance de l'actif, auraient renoncé à la communauté, peuvent, après la découverte des soustractions opérées par le mari, se faire relever de leur renonciation. La renonciation n'aurait été, dans ce cas, que le résultat de l'erreur; et cette erreur n'étant imputable qu'à la fraude du mari, le consentement donné par la femme ou par ses héritiers se trouverait vicié dans son essence et insuffisant pour créer un lien obligatoire quelconque. On ne pourrait le décider autrement sans admettre que le mari pût se faire un titre de sa propre turpitude.

D'ailleurs la fraude, comme le dol, fait exception à tous les principes; la renonciation qu'elle aurait seule déterminée ne saurait être valable. Il y a entre elle et l'acceptation dont parle l'article 783 du Code civil une analogie frappante, on devrait donc appliquer à l'une la règle tracée pour l'autre.

910. — Une question controversée en jurisprudence est celle de savoir si l'époux survivant qui a frauduleusement détourné des effets dépendant de la communauté est privé non-seulement de la part qui lui appartiendrait dans ces effets, en sa qualité de commun en biens, mais encore de celle à laquelle il aurait droit comme donataire de son conjoint, soit par institution contractuelle, soit par donation entre-vifs ou par testament.

Sous l'empire de notre ancien droit, la jurisprudence avait consacré l'affirmative. Toullier cite notamment un arrêt du 15 mai 1656, jugeant que, quand le survivant, qui a commis le recélé ou le détournement, est donataire en usufruit de la part du prédécédé, il doit être privé de cet usufruit dans les choses recélées. Toullier ajoute que cet arrêt est conforme au principe. En effet, le droit romain assimilait le légataire à l'héritier et le privait de tous droits aux choses recélées [3].

Doit-il en être de même depuis la promulgation du Code civil? La raison de douter se tire de ces termes de l'article 1477 : *Est privé* DE SA PORTION *dans lesdits effets*. D'où l'on tire la conséquence que la disposition générale ne porte que sur la portion afférente à celui qui a commis le recélé; que, par cela même, on ne peut l'étendre au droit donné ou légué sur la portion du prédécédé; que ce droit, résultant non de la loi mais de la volonté du donateur ou testateur, n'est subordonné à aucune condition; qu'il est dès lors indépendant du fait du recélé à l'égard duquel on ne peut qu'appliquer limitativement, et non étendre la peine prononcée par la loi.

Il est facile de répondre à ces considérations. L'époux commun en biens, qui se trouve en

[1] Paris, 5 nivôse an XIII.
[2] Colmar, 6 avril 1813; Sirey, 15, 2, 66.
[3] L. 48, Dig., *ad sen.-cons. Trebellianum*.

même temps donataire ou légataire d'une quote-part de l'hérédité, ne peut isoler ces deux qualités dans les fraudes qu'il lui plaît de tenter. Lors donc qu'il recèle, il le fait : comme époux, contre la communauté ; comme donataire ou légataire, contre la succession. Il est évident, en effet, qu'en diminuant l'actif de la communauté, il amoindrit la succession. On ne fait donc qu'un acte d'équité et de justice en lui appliquant : comme époux, l'article 1477 ; comme légataire ou donataire, l'article 792.

Il est vrai que celui-ci ne parle que des héritiers, mais ce terme comprend évidemment le mari donataire ou légataire d'une quote-part, comme tout autre légataire universel ou à titre universel. Qu'on ne voie pas un héritier dans le légataire d'un corps certain ou d'une somme déterminée, cela se comprend, mais le légataire, dont la part se règle sur la consistance de l'actif de la succession, est un véritable héritier, il en a les obligations comme les droits.

Cela est surtout vrai à l'égard du conjoint survivant. L'esprit de l'article 792 le démontre d'une manière victorieuse. Cet article ne parle que des héritiers, parce que ceux-ci, ayant en général le maniement de l'hérédité, sont par leur position à même de vouloir en dérober une part quelconque et en position de faire réussir la fraude. Cette position n'est-elle pas celle de l'époux survivant ? N'est-il pas à la tête de la communauté au moment de la dissolution du mariage ? Ne l'administrera-t-il pas au moins un moment ? Il est dès lors évident que les fraudes exécutées par lui contre ses cohéritiers doivent avoir les mêmes conséquences que celles dont ceux-ci pourraient se rendre coupables à son encontre.

D'ailleurs le recélé tenté dans ces circonstances ne manque pas d'affecter les ayants droit, soit comme communistes, soit comme cohéritiers. Le préjudice les atteignant de ces deux côtés, il est juste que la réparation leur soit accordée à ce double titre. Si c'est là de la sévérité, il faut avouer qu'elle est très-bien placée, puisque l'époux qui voudra s'y soustraire n'aura qu'à rester fidèle aux lois de la probité et de la délicatesse.

Il faut se garder d'encourager les recélés qu'on a tant de facilité à commettre. Or la punition ne serait pas suffisante pour les prévenir, si le coupable pouvait, à un titre quelconque, participer comme propriétaire ou usufruitier aux choses qu'il a voulu soustraire. C'est dans ce sens que paraît devoir se fixer la jurisprudence [1].

911. — Le détournement commis par l'époux ne pouvant constituer un délit, il en résulte qu'on ne saurait en poursuivre la répression devant la juridiction correctionnelle ou criminelle. Le juge civil est seul compétent pour l'apprécier et pour prononcer soit sur la restitution, soit sur les dommages-intérêts. Il en résulte encore que l'allocation de ces dommages-intérêts ne saurait entraîner la contrainte par corps.

Mais il n'en est pas de même pour les complices. Celui qui aurait assisté l'époux dans les détournements, ou recélé les effets soustraits, serait passible de la peine du vol. Il pourrait donc être criminellement poursuivi et condamné non-seulement aux dommages-intérêts, mais encore à une peine corporelle, sauf cependant les exceptions prévues par l'article 380 du Code pénal.

SECTION II.

FRAUDE DANS LES PARTAGES.

SOMMAIRE.

912. — L'égalité entre les copartageants est la règle absolue de tout partage. — Nature des atteintes que cette règle peut recevoir.
913. — La lésion accidentelle n'est une cause de rescision que si elle est du quart.
914. — Caractère de cette exigence de la loi.
915. — Elle reçoit exception lorsque la lésion est le résultat de la fraude.
916. — Ou lorsque la lésion coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible.
917. — L'action en lésion se prescrit par dix ans.
918. — Point de départ de cette prescription pour les partages ordinaires.
919. — Il ne commence à courir, dans le partage de présuccession, que du jour du décès de l'ascendant.
920. — Système contraire.
921. — Système conforme.
922. — Appréciation.
923. — Arrêt remarquable de la cour d'Aix.
924. — Arrêt conforme de la cour de cassation.
925. — Effets du divertissement d'objets mobiliers par les copartageants.
926. — Position du recéleur dans le partage de ces objets.
927. — Le divertissement ou le recélé exclut la bonne foi. — Son caractère.
928. — L'absence d'une de ses conditions fait disparaître la fraude et ses conséquences.
929. — Tempérament à apporter à cette règle.
930. — Dans quels cas la détention d'effets portés à l'in-

[1] Pour : cass., 5 avril 1832, 16 janv. 1834, 10 déc. 1835 ; Paris, 25 juin 1828 ; Bordeaux, 18 janv. 1838 ; Bourges, 10 fév. 1840 ; Riom, 6 août 1840 ; J. D. P., 1840, t. II, p. 553 et 612 ; 1841, t. I, p. 303.
Contre : Colmar, 29 mai 1823 ; Poitiers, 30 nov. 1830.

ventaire pourrait-elle constituer le recélé punissable.
931. — L'indication spontanée d'une valeur de la succession par l'héritier qui la détient n'est pas le recélé, à moins que cette indication n'ait pas été faite en temps utile.
932. — Le recélé exercé du vivant de l'auteur est atteint comme celui qui se serait réalisé après sa mort.
933. — L'exagération du passif constitue un recélé punissable.
934. — La peine contre le recélé peut être autre que la privation d'une part quelconque sur les effets recélés.
935. — Renvoi pour les effets du recélé par rapport aux tiers.
936. — *Quid* si l'héritier qui a recélé est encore mineur?

912. — Nous venons de voir que la communauté entre époux était de nature à inspirer, au moment de la dissolution du mariage, des fraudes sur lesquelles le législateur a dû veiller. Ce qui est à redouter dans cette circonstance peut également se réaliser dans tous les cas où une communion d'intérêt amène la nécessité d'une liquidation et d'un partage; et, par exemple, dans une succession.

La condition essentielle de tout partage est l'égalité la plus absolue entre les divers intéressés, chacun d'eux doit recevoir l'intégralité de ce qui lui revient. Toute atteinte à cette règle d'équité et de justice, devenant un préjudice pour l'un, un avantage illicite pour l'autre, constitue en résultat une fraude manifeste, si elle n'est déterminée par l'erreur commune.

Cette atteinte peut être occasionnée par des causes différentes. Elle se produit par une composition vicieuse des lots, ou par une fausse estimation des objets à partager; par la dissimulation d'une part plus ou moins importante de l'actif ou par l'exagération du chiffre du passif. L'existence des premières donne ouverture à l'action en lésion, celle des secondes à l'action en recélé.

913. — La lésion purement accidentelle n'est, aux termes de l'article 887 du Code civil, une cause de rescision du partage que si le préjudice en résultant équivaut au quart de ce que le copartageant devait recevoir. Conséquemment la partie poursuivante ne peut réussir dans sa demande en annulation que si elle justifie qu'elle n'a reçu que les trois quarts de ce qui lui revenait. Cette justification faite, le partage est annulé; mais la jurisprudence a admis qu'on peut dans ce cas se borner à condamner les défendeurs à compléter la part du demandeur et à faire ainsi disparaître le préjudice souffert par celui-ci.

914. — L'exigence de la loi, quant à l'importance de la lésion, pourrait paraître extraordinaire. En effet, quelle que soit la lésion, l'égalité n'est pas moins blessée dès que l'un a reçu plus et l'autre moins. Il semblerait donc que la plainte devrait par cela seul être permise.

Mais des considérations puissantes justifient la doctrine consacrée par la loi. L'intérêt public exige pour le droit de propriété la plus grande stabilité. Permettre de revenir sans cesse, et pour la moindre lésion, contre un acte de partage, c'était méconnaître ce grand principe, c'était placer la propriété sous le coup d'une menace perpétuelle et en gêner la disposition pendant la durée du temps nécessaire à la prescription de l'action; c'était enfin compromettre les droits que des tiers avaient légalement acquis sur la foi d'un acte régulier et authentique, tout cela d'ailleurs en faveur d'un intérêt privé coupable au moins d'une évidente négligence.

En effet, chaque copartageant est tenu, avant de procéder au partage, de s'assurer de la valeur réelle des objets à partager, et de veiller ainsi à l'égalité des lots. Celui qui a mis de la négligence à remplir ce devoir a commis une faute dont on pouvait justement lui laisser la responsabilité et lui imposer les conséquences.

Ces divers motifs avaient même paru suffisants pour faire repousser l'action en rescision, alors même que la lésion aurait dépassé le quart. Le copartageant, disait-on au conseil d'État, doit être assimilé au vendeur. On ne doit lui accorder la faculté de revenir que dans le cas où cette faculté est reconnue à celui-ci, c'est-à-dire lorsque la lésion est de sept douzièmes.

Mais cette opinion fut repoussée parce que, disait le rapporteur du tribunat, l'égalité qui doit être observée dans les partages exige que la rescision soit admise pour cause de lésion, et même pour une lésion moindre que celle qui est nécessaire en ventes ordinaires. Dans ces ventes, il se fait une espèce de négoce, de trafic, n'exigeant pas une égalité aussi rigoureuse que dans les partages où rien n'est à commercer, ni à négocier.

La limite posée par l'article 887 fut donc adoptée, mais comme une faveur et à titre d'indulgence pour le copartageant. On le relève ainsi de sa trop aveugle confiance dans une limite ne pouvant dès lors être accusée de sévérité. Il importait de signaler ce caractère de l'article 887 du Code civil, les tribunaux peuvent y trouver un mode devant les diriger dans l'application qu'ils seront appelés à en faire.

915. — Cette règle à suivre lorsque la lésion résulte d'une erreur commune reçoit exception en cas de fraude. Nous l'avons déjà dit, la fraude fait et a dû faire une exception à tous les prin-

cipes; conséquemment si le préjudice dont le copartageant se plaint a pour unique cause la fraude, s'il n'est dû qu'à la déloyauté, il devra être réparé, alors même que son importance n'atteindrait pas au quart de la portion lui revenant; à plus forte raison en serait-il ainsi si l'emploi de manœuvres frauduleuses venait donner à l'acte dont on se plaint le caractère du dol.

916. — Une seconde exception à l'article 887 doit être admise dans le cas où l'existence du préjudice coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible. Dans ce cas, en effet, la lésion entamerait la réserve légale, et l'on sait qu'un pareil résultat est sévèrement proscrit. Cette réserve doit, dans tous les cas, arriver intacte entre les mains des ayants droit. Il y aurait donc lieu dans ce cas : soit d'ordonner un nouveau partage, soit d'accorder un supplément pour faire disparaître la lésion quelle qu'elle fût.

917. — Aucune loi spéciale ne réglant la durée de l'action en rescision du partage, il y a lieu de recourir au principe général de l'article 1304 du Code civil. En conséquence le droit de l'intenter se prescrit par dix ans.

918. — Le point de départ de ces dix années ne saurait faire la matière d'un doute pour les partages ordinaires. C'est du jour de l'acte que la prescription commence de courir. Néanmoins, si la lésion est le produit du dol et de la fraude, le délai de cette prescription ne date que du jour de la découverte de l'un ou de l'autre.

919. — Il n'en est pas ainsi pour les partages de présuccession faits par l'ascendant. Une grave controverse s'est établie sur le point de savoir si le délai devait être compté du jour de l'acte, ou seulement de celui du décès de l'ascendant, auteur du partage.

920. — A l'appui de la première opinion on a dit : Sous l'empire des lois anciennes, les actes de partage effectués par les ascendants n'étaient jamais que des actes d'une nature mixte, participant à la fois et presque au même degré du testament et de la donation; ils ne se trouvaient régis par aucune disposition qui fixât leurs formes et précisât leurs effets. Dans la doctrine, comme dans la jurisprudence, il ne régnait que controverse et incertitude sur le caractère de ces actes.

Le législateur moderne, enseigné par l'expérience, n'eut garde de négliger une matière si importante. L'article 1076 porte : Les partages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. Ainsi, aujourd'hui, l'acte par lequel un ascendant procède à un partage entre-vifs est soumis à toutes les conditions et règles prescrites pour les donations.

Or, la donation est un contrat, une convention, et à ce titre elle tombe inévitablement sous le coup de l'article 1304 du Code civil, qui limite à dix ans, à partir du jour de l'acte, la durée de l'action en rescision. La conséquence est donc qu'un partage entre-vifs, effectué par un ascendant, ne saurait être attaqué pour cause de lésion que dans les dix ans du jour de son acceptation.

Cette conclusion, tirée des principes généraux, se trouve confirmée par les dispositions spéciales à la matière. Les articles 1075, 1076 et 1079 du Code civil gardent le silence le plus absolu sur l'exception qu'on prétend introduire, et qui consisterait à ne faire courir le délai de dix ans qu'à compter du décès de l'ascendant. Cependant une telle exception aurait besoin d'une consécration d'autant plus expresse, qu'elle toucherait à la fois à la stabilité des propriétés et aux principes qui protègent, après un laps de dix ans sans réclamations, les droits acquis en vertu des contrats.

Mais ce n'est pas par son silence seulement, c'est aussi par ses termes que la loi résiste à l'idée qu'il ait jamais été dans l'intention du législateur de ne faire courir le délai de dix ans qu'à compter du décès de l'ascendant, et non du jour du partage dont il est l'auteur.

De toutes les difficultés communes aux partages après décès et aux partages anticipés, il n'en est pas une qui, déjà prévue au chapitre VI du titre *des Successions*, ait été on ne dira pas de nouveau et spécialement réglée, mais simplement rappelée dans le chapitre VII du titre *des Donations et testaments*. Ne faut-il pas en conclure que les règles du partage après décès ont été manifestement, dans la pensée du législateur, le complément nécessaire de celles, d'ailleurs fort insuffisantes, qu'il a tracées au chapitre *des Partages d'ascendants*, qui ne renferme en tout que six articles.

Cette vérité semble ressortir de l'article 1079 du Code civil, ainsi conçu : « Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus d'un quart. »

On voit que le législateur, après avoir exprimé que l'action en rescision sera admise,

n'ajoute rien pour en fixer la durée. N'est-ce pas dire qu'il entend s'en référer à la règle générale, qui ne permet de l'exercer que dans les dix ans du partage? Ce langage devient positif si, du texte, on rapproche les motifs qu'en a donnés l'orateur du gouvernement. Des explications de Bigot de Préameneu il résulte, en effet, qu'en réservant aux ascendants la faculté de présider à la répartition de leurs biens, le législateur s'est proposé, d'abord, d'assurer au père le pouvoir de régler le sort de la famille, en fixant à jamais les droits de ses enfants, et ensuite d'apporter un remède aux graves inconvénients qui naissaient, dans l'ancienne législation, de la résolution des droits attribués par les partages anticipés. Cette double intention resterait sans effet dans le système contraire.

Cette doctrine, développée dans une consultation de Dalloz aîné, consacrée par plusieurs cours, a été sanctionnée par la cour de cassation [1].

921. — Le système contraire, que plusieurs cours ont adopté, se fonde sur les considérations suivantes : Bien qu'il résulte implicitement de l'article 1304 du Code civil que la prescription de toute action rescisoire commence du jour de l'acte attaqué, on ne peut toutefois raisonnablement supposer que le législateur ait entendu soustraire cette nature d'action aux règles régissant la prescription en général. Il est de principe que la prescription ne peut commencer de courir que du jour où celui qui veut attaquer un acte est complétement fixé sur l'étendue des droits que cet acte lui confère; que s'il résulte, soit de l'acte lui-même, soit des dispositions de la loi, que ces droits ne seront entièrement déterminés que par un événement postérieur à l'acte, il est évident que ce n'est qu'à la survenance de cet événement que l'action en rescision peut être exercée, puisque jusqu'alors le droit, à raison duquel peut naître l'action, reste indéterminé. Il suit de là que si la part héréditaire de l'enfant ou descendant qui a concouru à un partage anticipé ne peut être connue définitivement qu'à l'époque du décès de l'ascendant auteur du partage, ce ne sera également qu'à cette époque qu'il faudra se pourvoir contre le partage, puisque alors seulement il connaîtra s'il est ou non lésé.

Les enfants ou descendants ne sont aptes soit à attaquer les dispositions prises par leur auteur, soit à revenir sur les partages faits par lui, que dans les cas déterminés par la loi. Ils ne peuvent notamment réclamer une part héréditaire plus forte que celle qui leur a été attribuée, que lorsque celle-ci est inférieure à leur réserve légale.

Or, la succession d'un individu ne s'ouvre que par sa mort naturelle ou civile. Cette succession se compose de l'universalité des biens, soit qu'il en possède encore au jour de son décès, soit qu'il en ait pendant sa vie disposé à titre gratuit. C'est par la liquidation de cette universalité que s'établira nettement la réserve légale afférente à chacun des enfants ou descendants. Dès lors, et jusqu'à cette liquidation, il ne peut exister de lésion et conséquemment d'action en réparation.

Les articles 1075 et suivants ne dérogent en rien à ces principes. Ils confèrent bien à l'ascendant la faculté de faire lui-même le partage entre ses descendants, partage que ceux-ci pourront attaquer s'il y a lésion ou insuffisance dans l'attribution faite à chacun d'eux. Ils admettent que les biens non partagés que l'ascendant délaissera à son décès seront divisés aux formes de droit. Mais ils n'établissent ni expressément, ni tacitement que, pour évaluer la quotité disponible et la lésion, il ne faut avoir égard qu'aux seuls biens ayant fait la matière du partage et nullement à ceux existant encore dans la succession. De ce silence du législateur il faut conclure qu'il n'a voulu porter aucune atteinte aux principes d'après lesquels il prescrit qu'il sera procédé à cette évaluation aux titres *des Successions* et *Donations*.

Il résulterait du système contraire qu'il y aurait, pour les biens délaissés par le même individu, deux successions distinctes et entièrement indépendantes l'une de l'autre : la première, réglée de son vivant, l'effet du partage anticipé; la seconde, à régler après son décès. Il existerait donc deux réserves légales, deux quotités disponibles, conséquence bizarre et cependant forcée, à laquelle on ne peut raisonnablement supposer que le législateur ait voulu arriver [2].

Ainsi, il ne peut y avoir lésion appréciable qu'après le décès de l'ascendant et au moment où il sera procédé à la constitution générale et définitive de la masse active de la succession. Jusque-là, il ne saurait en exister réellement aucune, puisque l'inégalité offerte par le partage anticipé pourra disparaître par une attribution spéciale sur les biens encore libres. Ce ne serait donc que dans l'hypothèse où il n'en existerait aucun de ce genre au décès de l'ascendant, que, toute affectation supplémentaire devenant im-

[1] 13 juillet 1836, 4 février 1844; D. P., 36, 1, 297; 45, 1, 49.

[2] Nîmes, 17 mars 1841; J. D. P., t. II, 1841, p. 52.

possible, naît la certitude d'une lésion et que s'ouvre conséquemment l'action en rescision. Dès ce moment aussi, l'action devenant recevable, le délai de la prescription, suspendu jusque-là, commence de courir.

922. — Cette doctrine nous paraît plus équitable, plus conforme aux véritables principes. Aux considérations décisives qui précèdent on peut en joindre d'autres qui ne sont ni moins puissantes, ni moins juridiques. Ainsi, et en première ligne, l'exercice de l'action en lésion suppose chez celui qui s'y livre le droit de contraindre à un nouveau partage plus équitable.

Le descendant n'a pas ce droit. Il est pendant toute la vie de son auteur sans qualité, car cette qualité est une conséquence du droit de copropriété sur la masse des biens à partager, droit qui ne saurait exister tant que la succession n'est pas effectivement ouverte.

Dans l'opinion que nous combattons, on veut faire résulter l'acquisition de ce droit en faveur du descendant, de la nature même de l'acte; et c'est ainsi qu'on soutient que le partage anticipé participe du contrat et de la donation.

Cette qualification est une hérésie en droit; elle intervertit la nature et le caractère du contrat; elle en méconnaît la portée véritable.

L'ascendant ne s'est jamais désinvesti de la généralité de ses biens. Il les divise lui-même à ses plaisir et volonté. Le dessaisissement est successif et spécial, chaque descendant n'a jamais eu la propriété de ce qui est entré dans le lot des autres, car les biens ne sortent de la possession de l'ascendant que pour passer immédiatement dans celle de chacun d'eux. Leur rôle à tous n'est donc qu'une acceptation de la donation particulière qu'ils reçoivent, dont la régularité et l'existence actuelle n'ont nul besoin de leur concours, ni de leur consentement.

En réalité donc, il n'intervient et ne peut intervenir de contrat de descendant à descendant. Le partage anticipé n'est qu'une donation qui se renouvelle autant de fois qu'il y a de parts à faire, et dont l'intérêt pour chacune d'elles se concentre entre celui qui reçoit et celui qui donne. Mais les donataires entre eux n'ont jamais été dans l'indivision que le contrat supposé aurait eu pour objet de faire cesser.

Ce principe vient d'être formellement consacré par la cour de cassation. Dans une espèce qui lui était soumise, la cour d'Amiens avait vu dans le partage fait par l'ascendant, d'abord la donation créant une indivisibilité entre les ascendants, ensuite un contrat particulier à ceux-ci, ayant pour objet de faire cesser l'indivision.

Mais, sur le pourvoi dont il a été l'objet, l'arrêt d'Amiens a été cassé par la cour suprême, le 4 juin 1849 : *Attendu qu'on ne saurait voir dans cet acte, comme l'a fait la cour d'Amiens, deux contracts distincts, indépendants, dont l'un, donation du père aux enfants, aurait saisi immédiatement ceux-ci de la propriété indivise des biens donnés, dont l'autre, étranger au donateur, exclusivement personnel aux donataires, aurait eu pour objet le partage de ces biens; qu'on ne peut briser de la sorte l'unité d'un contrat dont toutes les stipulations concourent au but que le père de famille déclare s'être imposé, sans dénaturer le caractère de l'acte* [1].

Cet arrêt est d'autant plus remarquable que, dans l'espèce, le père de famille avait donné tous ses biens à ses enfants qu'il avait ensuite dirigés dans le partage consenti par eux. On ne devrait donc pas résister lorsque c'est le père lui-même qui, procédant au partage, a formé les parts, et que les enfants ne sont intervenus que pour accepter celle qui leur est attribuée.

Chacun des descendants n'est donc qu'un donataire. Comment donc lui reconnaître le droit et lui faire un devoir de se plaindre de la lésion relativement à d'autres donations qu'il n'a pu ni régler ni empêcher, dans un moment surtout où il n'existe pas même encore une lésion appréciable, ainsi que nous venons de l'établir.

Sous un autre rapport, la demande en rescision serait plus irrecevable encore. L'ascendant, tant qu'il vit, est l'arbitre souverain de sa fortune et de la disposition à laquelle il lui convient de recourir. Il peut donner tout à l'un, ne donner rien à l'autre, investir même un étranger de l'universalité de ses biens, sans que les héritiers futurs, même légitimes, puissent l'en empêcher ni s'en plaindre. Incontestablement, la faculté de donner le tout implique celle de créer des portions inégales, sauf les réclamations que la mort du donateur soulèvera et pourra faire consacrer, quant à ce, si cette inégalité va jusqu'à entamer la réserve légale, ou constitue pour un des portionnaires un préjudice de plus d'un quart.

Mais si d'une part, et pendant la vie de l'ascendant, le descendant n'est que donataire; si d'autre part le premier n'a, dans les libéralités qu'il concède, d'autre règle à suivre que sa volonté ou ses caprices, la conséquence rigoureuse n'est-elle pas que l'enfant ou descendant ne pourra être admis à se plaindre? Il pouvait ne rien recevoir, et, parce qu'il a reçu quelque

[1] Dalloz P., 49, 1, 307.

chose, on l'admettrait à quereller la détermination du père de famille, qu'on l'eût forcé de respecter dans le premier cas ?

Admettez que la demande de l'enfant fût recevable, quelle sera la conséquence de l'action accueillie par la justice ? La rescision de l'acte et, par une déduction logique, la reprise de possession par l'ascendant de la masse partagée et le refus absolu de procéder à un nouveau partage. Ce qui arrivera, peut-être, c'est que, pour punir celui qui a fait annuler son œuvre, l'ascendant délaissera l'intégralité de sa fortune à ses autres enfants, heureux encore si, pour punir ce qu'il considérera comme un acte de désobéissance et de rébellion, il ne cherche pas à dénaturer sa fortune pour avantager, par la fraude, celui qu'il avait voulu favoriser. Obliger l'enfant à attaquer du vivant de l'ascendant, c'est donc le contraindre à agir contre son propre intérêt; c'est l'exposer à perdre plus encore que ce que la réussite de son action serait dans le cas de lui faire gagner.

L'article 1079, dit-on, fait obstacle à ce résultat. Il consacre en effet le désinvestissement de l'ascendant dès que le partage est par lui régulièrement consommé. Dès cet instant cesse aussi la liberté illimitée qu'il avait de disposer de ses biens, il n'y a plus qu'une question d'égalité intéressant les descendants et les concernant dès lors exclusivement.

Erreur évidente et certaine. Il est bien vrai que l'acte de partage désinvestit l'ascendant, et cela par la raison toute simple que ce partage constitue cette disposition qu'il était libre de réaliser ou non. En conséquence, tant que ce partage existe, le désinvestissement est incontestable; mais la rescision qui viendrait l'atteindre en ferait cesser tous les effets, et autant en ce qui concerne l'ascendant que par rapport aux descendants eux-mêmes. Les droits du premier revivraient donc en leur entier, avec d'autant plus de raison et de certitude que seul il a des droits sur la masse totale, chaque copartagé n'ayant jamais pu posséder que la part que lui attribuait le partage.

Ne perdons donc pas de vue, d'ailleurs, que l'ascendant ferait justement observer que son désinvestissement n'avait été par lui consenti qu'à condition que sa volonté ne rencontrerait aucun obstacle. Or, la rescision, détruisant l'édifice par lui organisé, fait disparaître cette condition ; il reprend la propriété dont il s'était dépouillé et il rentre dans la faculté de retenir ses biens ou de les abandonner de nouveau.

Pour que l'article 1079 pût avoir pour effet de faire survivre le désinvestissement de l'ascendant aux conditions l'ayant déterminé, il faudrait que le législateur eût fait un devoir d'attaquer le partage de son vivant. Mais l'article 1079 est muet à cet égard, et ce n'est que par une induction fort hasardée qu'on prétend établir le contraire.

En effet, dit-on, de toutes les difficultés communes aux partages après décès et aux partages anticipés, il n'en est pas une qui, déjà prévue au chapitre 6 du titre *des Successions*, ait été, on ne dira pas de nouveau et spécialement réglée, mais simplement rappelée dans le chapitre 7 du titre *des Donations et testaments ;* ne faut-il pas en conclure que le rappel, dans l'article 1079, d'une faculté écrite dans l'article 887, est la preuve que le législateur a voulu faire partir le délai de dix ans du jour de l'acte ?

Non certes, telle n'est pas la conclusion à tirer du rapprochement des articles 887 et 1079. Si ce dernier est explicite sur la faculté d'attaquer le partage anticipé pour cause de lésion de plus du quart, c'est que le législateur, introduisant un droit nouveau, ne pouvait pas ne pas s'en expliquer.

Dans notre ancien droit, en effet, l'action en lésion, ouverte contre les partages après décès, n'était pas admise contre le partage fait par l'ascendant lui-même. Fidèle aux inspirations du droit romain, on considérait ce partage comme l'exercice d'un acte de la puissance paternelle qu'il fallait respecter, alors même qu'il portait atteinte à la légitime que chaque enfant aurait dû rigoureusement recevoir [1].

C'est ce droit que le législateur voulait abroger, et cette abrogation ne pouvait résulter de l'article 887, uniquement relatif aux partages après décès. Il fallait donc, puisqu'on affectait une section du Code aux partages faits par l'ascendant, y inscrire la pensée de la nouvelle doctrine, sans quoi on n'eût pas manqué d'induire, du silence du législateur, que ces partages restaient inattaquables comme sous l'ancien droit. Voilà le motif unique du rappel, dans l'article 1079, de la faculté déjà inscrite dans l'article 887 pour les partages après décès. Ce rappel ainsi motivé, il est impossible d'en conclure ni que le législateur ait voulu déroger en rien à la faculté qu'a l'ascendant de disposer pendant sa vie à ses plaisir et volonté, ni surtout que les enfants ou descendants puissent, avant d'avoir acquis la qualité d'héritier, quereller

[1] Furgole, *des Test.*, chap. VIII, sect. 1re, nos 149 et suiv.

cette disposition, ni moins encore qu'ils doivent l'attaquer pendant la vie du donateur.

923. — La conséquence logique que nous tirons de ces prémisses, c'est que la prescription du droit ne court que du jour du décès. C'est ce que la cour d'Aix a jugé le 7 juillet 1842. Son arrêt, rédigé par le savant magistrat, M. le président Lerouge, résume puissamment les raisons de décider que cette opinion peut invoquer. A ce titre, il clora notre discussion beaucoup plus convenablement que ne le feraient nos propres observations.

« Considérant que l'ascendant qui fait, par un acte entre-vifs, un partage entre ses descendants, ne donne et n'entend donner, à chacun d'eux, que les biens compris dans le lot qu'il lui attribue individuellement; que dès lors ce partage rend, il est vrai, chaque copartagé propriétaire de son lot, mais ne lui confère aucuns droits sur les biens compris dans les lots des autres descendants, et par conséquent ne confère aux différents copartagés aucun droit de propriété sur la masse des biens faisant l'objet du partage; et comme il est d'ailleurs incontestable qu'avant le partage entre-vifs les descendants n'avaient aucun droit acquis sur les biens de l'ascendant donateur, on doit en conclure : qu'après, comme avant le partage entre-vifs fait par un ascendant, les descendants n'ont, durant sa vie, aucun droit de copropriété sur la masse des biens compris dans le partage;

« Considérant qu'à la mort de l'ascendant, ses descendants, appelés à recueillir sa succession, sont, de plein droit, saisis de l'universalité de ses biens; que, dès ce moment, ils ont un droit de copropriété tant sur tous les biens existants au jour du décès, que sur ceux qu'on y réunit fictivement pour former la masse, sur laquelle doivent être calculées la quotité disponible et la réserve légale; mais qu'ils tiennent ce droit de copropriété, non de la volonté de leur auteur, mais de celle de la loi, en un mot, de la qualité d'héritier, qui ne leur est acquise que du jour du décès de l'ascendant donateur;

« Considérant que celui qui attaque le partage entre-vifs, fait par l'ascendant, a pour but d'obtenir un nouveau partage des biens compris dans l'acte dont il demande la rescision; d'où il suit que l'action en rescision ne peut être intentée que par celui qui aurait qualité pour demander un nouveau partage;

« Considérant que pour former une demande en partage, il faut avoir un droit actuel de copropriété sur la chose à partager, soit que ce droit dérive de la qualité d'héritier, soit qu'il dérive d'un titre, tel que l'acquisition en commun, ou la donation faite à plusieurs d'une chose indivise;

« Considérant que, du vivant du donateur, le copartagé qui attaque, pour cause de lésion, le partage entre-vifs fait par l'ascendant, et qui par suite demande un autre partage, n'a d'autre titre que le partage lui-même, acte lui conférant seulement la propriété de son lot, et non la copropriété de la masse des biens ayant fait l'objet du partage; que le droit de copropriété sur la masse ne peut dériver pour lui que de la qualité d'héritier, laquelle ne lui est acquise que du jour du décès de l'ascendant donateur; d'où la conséquence que le copartagé n'a ni qualité, ni titre pour attaquer, durant la vie de l'ascendant donateur, le partage entre-vifs fait par celui-ci entre ses descendants;

« Considérant qu'on objecterait vainement que le titre du copartagé réside dans l'article 1079 du Code civil, suivant lequel le partage fait par l'ascendant peut être attaqué pour cause de lésion de plus du quart;

« Considérant que ni dans le passage invoqué, ni ailleurs, il n'est dit que le copartagé pourra attaquer du vivant de l'ascendant; qu'on est donc obligé de supposer, pour un cas unique, l'existence d'une faculté toute spéciale qui ne se trouve nulle part écrite dans la loi et qu'il eût été nécessaire de formuler en termes explicites; qu'une telle faculté serait, ainsi qu'on l'a précédemment établi, en contradiction manifeste avec ce principe incontestable : que l'action en partage n'appartient qu'à celui qui a un droit actuel de copropriété sur la chose à partager;

« Que non-seulement l'article 1079 ne dit pas que le copartagé aura le droit d'attaquer le partage entre-vifs durant la vie du donateur, mais qu'il suppose le contraire; qu'en effet cet article permet d'attaquer le partage dans trois cas : 1° S'il est fait par acte entre-vifs; 2° s'il est fait par acte testamentaire; 3° s'il résulte du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet;

« Que, dans les deux derniers cas, le copartagé ne peut, évidemment, attaquer le partage que lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire après le décès de l'ascendant donateur; que, pour ces deux cas, l'article 1079 décide donc implicitement que le partage ne pourra être attaqué du vivant du donateur; que, dès lors, il n'est pas permis de supposer que le législateur, sans le dire et contrairement à tous les prin-

cipes, a voulu créer, pour le premier cas, un droit exorbitant qui autoriserait le copartagé à attaquer le partage entre-vifs, non pas seulement après le décès, mais encore durant la vie de l'ascendant donateur ;

« Considérant, sous un autre point de vue, que l'ascendant peut, durant sa vie, disposer de sa fortune de la manière la plus absolue, suivant sa volonté et même ses caprices; que si, s'abandonnant à des passions mauvaises, il avait recours à de coupables manœuvres pour enrichir les complices de ses égarements au préjudice des héritiers du sang, ses actes, quelque dommageables qu'ils fussent, ne pourraient être attaqués qu'après sa mort ; qu'il en serait de même, à plus forte raison, si, par acte entre-vifs, l'ascendant disposait de sa fortune entière en faveur de l'un de ses descendants ; qu'il n'est donc pas possible de comprendre comment le législateur, qui interdit aux descendants d'attaquer, du vivant de leur auteur, les actes par lesquels il dispose, à leur préjudice, de l'universalité de ses biens, les autoriserait, par une exception toute spéciale et non écrite, à attaquer, avant le décès de l'ascendant, un partage entre-vifs, sous prétexte que les biens ne sont pas également distribués entre eux ; qu'en permettant à l'un des copartagés d'attaquer, pour cause de lésion de plus d'un quart, le partage entre-vifs fait par son auteur, la loi a voulu non pas apporter des restrictions et des entraves au pouvoir absolu de l'ascendant sur sa fortune pendant sa vie, mais empêcher que, sous prétexte de faire entre ses descendants la distribution de ses biens, il ne blessât trop ouvertement le principe d'égalité qui doit présider aux partages ou même qu'il portât atteinte à la réserve légale de ses descendants; et comme la qualité d'héritier peut seule donner à ceux-ci le droit de demander le partage ou de réclamer la réserve légale, il en résulte que l'exercice de l'action qui leur compète à cet égard, aux termes de l'article 1079, se trouve suspendu jusqu'au décès de l'ascendant, puisque c'est à cette époque seulement que la qualité d'héritier leur sera acquise. »

924. — Il est certes difficile de déduire avec plus de force, avec plus de certitude, les raisons déterminantes d'une opinion. Ces motifs, avoués par la raison et le droit, devaient faire maintenir l'arrêt, si la partie l'avait déféré à la cour suprême. Celle-ci n'eût fait, d'ailleurs, que hâter la décision qu'elle a rendue plus tard. En effet, revenant sur sa propre jurisprudence, la cour suprême a adopté la doctrine qu'elle avait plusieurs fois repoussée et cassé, en conséquence, un arrêt de Toulouse fixant au jour de l'acte le point de départ de la prescription [1].

On peut donc considérer la controverse comme tendant à s'effacer. L'avenir du système qui fait courir la prescription du jour du décès de l'ascendant donateur nous paraît désormais assuré.

925. — Le partage après décès sera nécessairement inégal, si l'un des cohéritiers a diverti l'actif de la succession ou exagéré le passif à son profit personnel. Il importe peu, dans ce cas, que la lésion atteigne ou non les proportions exigées par l'article 887. Il ne s'agit plus, en effet, de faire rescinder le partage, mais de le compléter en opérant la division des choses qu'il ne pouvait pas comprendre. Aussi, l'article 792 qualifie-t-il lui-même de demande de partage supplémentaire le droit qu'il accorde.

926. — Dans ce nouveau partage, la position du recéleur est nettement dessinée par le législateur. Il ne peut, à aucun titre, prétendre aucune part dans les objets qu'il est condamné à restituer à la succession. Nous l'avons déjà dit, en pareille matière la loi applique la peine du talion dans toute sa rigueur. L'auteur du recélé voulait frustrer ses cohéritiers de la part leur revenant, il sera privé de la sienne.

Les juges ne sauraient, dans la poursuite de ce but, déployer une trop grande sévérité. Les choses, en effet, ne sont pas égales. Les réclamants ont le devoir de prouver la soustraction, ce qui est difficile et, ce qui l'est bien davantage, le chiffre exact auquel elle s'élève. Nanti frauduleusement de ce qui ne lui appartient pas, le recéleur a pour lui d'abord la chance de n'être pas convaincu, ensuite l'incertitude qui régnera forcément sur le montant de ce qu'il devra restituer. De telle sorte que, même après condamnation, il pourra lui rester une indemnité plus que suffisante des effets de cette condamnation. C'est à la justice des tribunaux à compenser et à faire disparaître cette inégalité, dût sa décision aller au delà de la vérité. L'équité n'en serait nullement blessée. Obliger un voleur à rendre plus qu'il n'a pris ne saurait être envisagé comme un malheur trop regrettable, car le préjudice qui en résulterait ne serait qu'une conséquence de son improbité même.

Il n'y a donc pas à hésiter. Le recélé étant constant, on ne doit pas craindre d'élever le chiffre de la condamnation autant que le permettra la plus stricte vraisemblance.

927. — Le caractère du détournement ressort suffisamment du fait lui-même. Celui qui

[1] 2 août 1848 ; D. P., 48, 1, 174.

s'empare de ce qu'il sait ne pas lui appartenir, qui s'efforce de le retenir à son avantage exclusif, serait mal venu à prétendre avoir agi de bonne foi. Sa conduite est en contradiction flagrante avec son allégation. On ne pourrait donc accueillir celle-ci que si, appuyée de faits décisifs, elle se trouvait justifiée par des considérations de nature à détruire la présomption que la première fait naître.

On reconnaîtra donc le recélé punissable, à la réunion de ces deux conditions : 1° la possession illégitime d'un objet appartenant à la succession réalisée à l'insu des intéressés ; 2° l'intention de s'en appliquer exclusivement le profit. A ce titre, le fait d'avoir détourné des titres de créance au nom du défunt et d'en avoir obtenu le renouvellement en son nom constituerait évidemment la fraude punie par l'article 792 du Code civil.

928. — L'absence d'une de ces conditions fait disparaître toute culpabilité en rendant tout préjudice impossible. Ainsi, la possession étayée d'une prétention même injuste ou non admissible ne caractériserait pas la fraude. C'est par ce principe qu'on a admis que le cohéritier, avouant la détention de la chose prétendue commune, mais qui déclarerait l'avoir reçue en don du défunt lui-même, n'encourrait pas la peine du recélé, alors même que, succombant dans ses prétentions, il serait condamné à rapporter la chose à la masse commune [1].

929. — Il ne faudrait pas cependant donner à cette solution une extension trop grande. On s'exposerait autrement à annuler une peine dont le maintien est une sauvegarde essentielle au principe de l'égalité dans les partages. Forcé dans ses derniers retranchements, le recéleur ne manquerait pas de se rejeter, en désespoir de cause, sur une excuse devenue bientôt banale en matière de recélé. Il faut que cette excuse repose sur une évidente bonne foi, et celle-ci, à son tour, doit résulter de la conduite que le détenteur a suivie depuis le décès de l'auteur commun. S'il n'a jamais mis dans ses actions le moindre mystère, s'il n'a jamais caché la possession, s'il en a lui-même révélé l'existence en indiquant le titre en faveur duquel il la détenait, on croira à sa bonne foi, qu'une conduite contraire ferait inévitablement repousser. Celui qui ne cache rien prouve suffisamment qu'il n'a rien à cacher, ce qui ne se réalise jamais dans le cas de fraude. Dès lors, le titre invoqué, même annulé par les tribunaux, ne laisse pas de légitimer la possession jusqu'au moment de la sentence.

[1] Caen, 6 novembre 1827.

930. — Il n'y aurait pas non plus divertissement prohibé dans la détention d'effets déjà portés dans l'inventaire. L'article 792 ne punit que la soustraction que le cohéritier n'a ni connue, ni pu connaître, et rencontrant dans cette ignorance même les plus grandes chances de réussite. Or, la mention insérée dans l'inventaire dissipe toute idée d'ignorance et sauvegarde l'intérêt commun, chaque cohéritier pouvant, dès lors, facilement exiger qu'il soit fait raison de ces effets. L'omission de cette réclamation est alors considérée plutôt comme le résultat d'un accord tacite, que celui d'une fraude du défendeur.

Si cependant celui-ci laisse le partage s'accomplir sans recombler les effets communs et sans tenir compte de leur valeur, on pourrait le considérer comme ayant véritablement recélé, surtout si l'absence de réclamations de la part des copartageants n'est que la conséquence de la persuasion que les objets ont péri, faussement inspirée par celui-là même qui les détient.

931. — Il résulte, en outre, de ce qui précède, qu'on ne pourrait appliquer la peine de l'article 792 au cohéritier qui, détenant à l'insu des autres des valeurs de la succession, en aurait, de lui-même et avant toute réclamation des intéressés, indiqué et signalé l'existence. La bonne foi d'une telle démarche ressort avec une telle évidence, qu'elle effacerait le vice de la possession, alors même qu'elle n'aurait pas pour résultat de rendre tout préjudice impossible.

Mais il importe que l'indication, pour qu'elle produise cet effet, soit le fait d'une volonté spontanée et libre de la part de celui qui la donne. Celle faite après la demande de restitution manquerait de ce caractère ; elle ne serait plus qu'un aveu arraché par l'évidente justice de cette demande, par la crainte d'une condamnation dès lors imminente et le désir d'en éluder les effets. Elle resterait donc sans influence à l'endroit de cette condamnation et des conséquences devant en résulter. Il serait immoral de laisser indemne celui qui a persisté dans sa déloyauté tant qu'il a pu se flatter qu'elle resterait inaperçue, et qui, se voyant découvert, n'a plus qu'un intérêt, à savoir : retenir sa part des objets qu'il projetait de s'appliquer intégralement. Conséquemment, présumée faite dans cette intention, la reconnaissance qu'il ferait resterait sans effet, à moins que par le peu d'importance des objets recélés on ne dût admettre que sa tardiveté est due à un oubli présumable.

Ainsi, il y a recélé punissable toutes les fois qu'une chose a été distraite de la masse frauduleusement et à l'insu des communistes, et que

l'intention d'en profiter à leur détriment n'a pas été abandonnée spontanément et avant toute réclamation de ceux-ci.

932. — Dans l'application de la peine édictée par l'article 792, on n'a pas à se préoccuper de l'époque à laquelle remonte le divertissement reproché. Celui consommé avant la mort de l'auteur commun se trouve atteint aussi bien que celui qui l'aurait accompagné ou suivi. Dans le premier cas, seulement, la présomption d'une libéralité acquerrait une plus ou moins grande importance, suivant que la vie de l'auteur se serait depuis plus ou moins prolongée.

933. — Ce que la loi a voulu prévenir par l'article 792, c'est l'inégalité dans les parts, alors que les droits sont égaux; c'est le préjudice résultant pour une partie de l'atteinte à cette grande règle. Or, cette atteinte existera soit qu'on fasse disparaître l'actif directement par une soustraction, soit indirectement en exagérant sciemment le passif.

Conséquemment, l'héritier qui par collusion avec un tiers ou qui, après avoir simulé des dettes, prétendra les avoir payées et donnera ainsi lieu à des prélèvements devant tourner à son avantage, se rendra coupable de recélé et encourra justement la peine prononcée par la loi. Les tiers, complices de la fraude, pourront être solidairement poursuivis et condamnés à la restitution du montant de ces prélèvements.

934. — La privation de toute part sur les valeurs recélées est prononcée par la loi, comme indemnité du préjudice éprouvé par les intéressés. Il semble dès lors que les parties ne pourraient demander et les juges prononcer d'autres dommages-intérêts. Cependant, s'il était prouvé *qu'un préjudice*, autre et plus important que celui résultant de la privation momentanée de la chose, a été réellement souffert par les cohéritiers ou par l'un d'eux, les juges pourraient en ordonner la réparation. N'oublions pas que la fraude du recéleur est assimilable au dol, et qu'en cette dernière matière, les dommages-intérêts doivent s'étendre aux conséquences immédiates et directes de l'acte.

935. — Le recélé étant de nature à léser d'autres intérêts que ceux des cohéritiers, la loi en a réglé les conséquences par rapport aux tiers. Nous en parlerons en traitant des droits des créanciers contre les fraudes de leurs débiteurs.

936. — Nous terminerons ce qui est relatif aux cohéritiers par cette observation que la minorité du recéleur ne serait pas un obstacle à l'application de la peine, en ce qui concerne la privation de toute part dans les objets recélés. Que le mineur ne puisse pas être héritier pur et simple, c'est un privilége que la loi a formellement garanti; mais, tenu de son dol, il doit l'être de sa fraude, surtout lorsque cette fraude est, comme nous venons de le rappeler, assimilable au dol; rien n'empêche donc de le punir comme le serait le majeur, c'est-à-dire qu'ayant volontairement voulu priver ses cohéritiers d'une partie de leurs droits, il est juste qu'il perde les siens dans une proportion égale.

Bien entendu que le mineur ne peut être responsable que de son fait personnel; ainsi, si le recélé était l'œuvre de son tuteur, on ne saurait, sous aucun prétexte, en exciper contre lui, seulement il serait tenu de restituer le profit illégitime qui lui en serait revenu.

SECTION III.

FRAUDE DANS LA VENTE ET L'ÉCHANGE.

SOMMAIRE.

937. — La vente peut devenir un moyen ou une cause de fraude.
938. — Elle peut servir à déguiser le prêt usuraire.
939. — Ce que c'est que le contrat *mohatra*.
940. — Fraude évidente qu'il renferme, absence de l'intention d'acheter.
941. — Mais cette circonstance doit être connue de l'autre partie.
942. — Rachat par le vendeur ou par une autre personne exclut l'intention sérieuse de vendre.
943. — L'action en fraude de la partie elle-même ne pourrait être repoussée.
944. — Contrat pignoratif déguisé sous la forme d'une vente.
945. — Appréciation de ses caractères sous l'empire du droit ancien.
946. — Appréciation sous le Code.
947. — L'acte nul comme contrat pignoratif vaudra comme obligation.
948. — L'appréciation de la nature de l'acte est abandonnée à la prudence du juge.
949. — Fraude dans la délivrance de la chose vendue. — Abus de la jouissance.
950. — Facilité de justifier cet abus, selon que la fraude a été commise *in committendo* ou *in omittendo*.
951. — Le retard dans la livraison, comme l'absence complète de toute livraison, peut constituer une fraude. — Actions qui en naissent.
952. — L'article 1610 ne distingue pas la faute de la fraude. — Motifs.
953. — La faculté d'accorder un délai atténue la rigueur de la règle.
954. — Autre atténuation dans l'allocation des dommages-intérêts.
955. — La faculté de proroger le terme de la livraison doit-elle être appliquée aux ventes commerciales.
956. — Toute modification, faite à la chose vendue depuis la vente, constitue une fraude.
957. — Conséquence quant aux meubles incorporés et aux capitaux attachés à l'exploitation.

958. — Quant aux récoltes pendantes par racines et aux arbres radiqués.
959. — La tromperie sur la nature de l'objet vendu est un délit.
960. — La contrefaçon des marques de fabrique, l'usurpation du nom du fabricant, la fausse indication du lieu de la production, est assimilée à la tromperie sur la nature.
961. — Caractère de la tromperie sur la qualité. — Conséquences.
962. — Cas dans lequel la différence de la qualité entraînerait, même après livraison, la résiliation de la vente.
963. — La livraison d'une chose qu'on sait impropre à sa destination est une fraude. — Obligation qui en naît.
964. — Nature de la tromperie sur la quantité.
965. — Vente de la chose d'autrui. — Ses effets diffèrent selon que le vendeur a agi avec bonne ou mauvaise foi.
966. — Effet de la fraude consistant à vendre deux fois le même objet.
967. — Le second acquéreur pourra-t-il soutenir que la première vente est simulée?
968. — Distinction à faire pour la solution de cette question.
969. — Fraudes de l'acquéreur. — Refus ou retard de prendre livraison. — Effets de l'un ou de l'autre.
970. — Effet du retard dans le payement.
971. — La fraude des experts chargés de déterminer le prix de la vente peut-elle nuire ou profiter aux parties?
972. — La négative était enseignée en droit romain.
973. — Dans notre ancien droit, Pothier enseigne la nullité de la vente. — Mais la validité en est soutenue par Despeisses.
974. — C'est à l'opinion de celui-ci que s'est rangé Troplong.
975. — Réfutation.
976. — A quels caractères reconnaîtra-t-on la fraude?
977. — Toutes dégradations volontaires, tant que le prix n'a pas été payé, constituent une fraude. — Droit qu'elles ouvriraient au vendeur.
978. — Le vendeur non payé a le droit d'attaquer la revente opérée par son vendeur, comme faite en fraude de ses droits.
979. — Les principes applicables à la vente s'appliquent également à l'échange.
980. — La découverte que la chose donnée par le copermutant ne lui appartient pas autorise l'autre à refuser la livraison de la chose promise, si elle est encore entre ses mains.
981. — Si l'échange a reçu sa complète exécution lors de cette découverte, l'échangiste pourra-t-il poursuivre la résolution avant même d'être troublé dans la possession de la chose par lui reçue?
982. — Quels seraient, dans ce cas, les effets légaux de la rescision?
983. — La revendication serait-elle permise contre le tiers acquéreur?
984. — La ratification du propriétaire n'empêcherait pas la rescision.
985. — Mais elle influerait sur la détermination des dommages-intérêts.
986. — Peut-on cumuler les dommages-intérêts et la reprise de la chose?
987. — L'appréciation de ceux-ci obéit aux dispositions des articles 1634, 1635 et 1641 du Code civil.
988. — En quoi doit consister le dédommagement, si l'échangiste opte pour une allocation pécuniaire, de préférence à la reprise en nature?
989. — Motifs qui ont fait admettre l'exclusion de l'action en lésion contre l'échange.
990. — Cette règle reçoit exception en matière de fraude.
991. — Elle en reçoit une autre dans le cas où l'échange déguise une vente à vil prix.
992. — A quels caractères reconnaîtra-t-on qu'il y a vente et non échange?
993. — Distinction à observer dans l'appréciation de la soulte.

937. — La vente ne peut réellement exister qu'autant qu'il y a eu chez les parties intention d'acheter et de vendre, consentement sur la chose et sur le prix. L'absence d'une de ces conditions ne permettrait pas de reconnaître une vente, quelle que fût l'apparence donnée par les parties au contrat. Alors, en effet, la qualification que l'acte a reçue n'est qu'un mensonge couvrant une simulation destinée à tromper des tiers ou à éluder une loi prohibitive.

D'autres fois c'est bien une vente que les parties ont consentie, mais la fraude, excitée par un intérêt ultérieurement éveillé, se glisse dans l'exécution et en dénature les caractères et les conséquences.

La vente peut donc devenir un moyen ou une cause de fraude. C'est sous ce double aperçu que nous allons l'examiner.

938. — Comme moyen, soit de tromper les tiers, soit d'éluder la loi, la vente constitue une pure simulation. Nous aurons à l'examiner en nous occupant plus tard de celle-ci, la fraude dont nous nous occupons exclusivement dans ce moment étant celle d'une partie contre l'autre.

A ce dernier titre, la vente peut servir à déguiser une des fraudes les plus dangereuses, le prêt usuraire. Un prêteur avide, ne pouvant stipuler des intérêts en dehors du taux légal, paraît vendre ou acheter, soit des objets mobiliers, soit un immeuble. Il ne fait en réalité, dans le premier cas, que l'acte que l'ancienne jurisprudence qualifiait de contrat *mohatra;* dans le second, qu'un contrat pignoratif.

939. — Ce qui constitue le contrat *mohatra,* c'est la livraison d'objets mobiliers immédiatement revendus par l'acquéreur à un prix inférieur à celui qu'il paraît en avoir donné, soit à son vendeur lui-même, soit à une personne interposée. Ce qui résulte de cette opération, c'est que l'achat étant contracté à crédit, l'acheteur reste débiteur du prix; qu'il ne reçoit cependant que les sommes provenant de la revente au comptant, et qu'ainsi, pour une valeur de

100 francs, il se trouve avoir souscrit une obligation de 500 francs.

940. — Il est évident dans ces circonstances que le désir de se procurer quelques fonds a été le seul mobile de l'acheteur. La simultanéité de l'achat et de la revente prouve suffisamment qu'il n'a jamais eu l'intention de se rendre sérieusement acquéreur ; et, ce qui le démontre mieux encore, c'est que souvent la prétendue vente porte sur des objets sans valeur réelle pour celui qui est censé les recevoir. C'est un fils de famille étranger au commerce à qui on vend une pacotille de vieilles marchandises, une batterie de cuisine, un chameau même, car les usuriers, dans les grandes villes, disposent un peu de tout.

Ainsi, de la part de l'acheteur, l'intention d'acquérir n'a jamais existé. Il n'y a même le plus souvent, par rapport à lui, aucun objet pouvant faire sérieusement la matière du contrat. Il ne peut donc, pour lui, exister un lien de la nature de celui qu'on a voulu lui imposer. C'est un prêt et non une vente qu'il a évidemment signé.

L'exécution donnée à l'acte l'indiquerait au besoin suffisamment. On ne peut, en effet, admettre qu'il y a eu achat sérieux, lorsqu'on voit l'acheteur revendre immédiatement ce qu'il vient d'acquérir sans aucune nécessité, sans nul besoin. Voilà pourquoi la revente est de l'essence du contrat que nous examinons. Car si l'acheteur, ayant pris livraison réelle et effective, a gardé les objets en sa possession pendant un temps plus ou moins long, la revente à perte qu'il en aurait réalisée plus tard, ne se liant plus intimement à l'achat, ne pourrait seule faire suspecter le caractère de celui-ci.

941. — Mais ce n'est pas tout que l'absence de l'intention d'acheter chez une des parties, il faut encore que l'autre ait connu cette circonstance au moment où elle traitait. Or, cette connaissance résulterait, contre le vendeur, de ce qu'il aurait coopéré à la revente, en rachetant lui-même ou en faisant racheter dans son intérêt par une personne interposée. Cette conduite ferait donc de plein droit admettre la fraude avec toutes ses conséquences.

942. — Le rachat par le prétendu vendeur est sans doute une circonstance considérable. Cependant l'absence de cette condition ne serait pas de nature à exclure toute idée de fraude de sa part, si d'ailleurs il est démontré qu'il n'a pu ignorer que la revente était la conséquence forcée de l'achat. S'il suffisait, en effet, pour que le titre fût, par rapport à lui, considéré comme légitime, qu'il fût resté étranger à cette revente, l'usure la plus effrénée prendrait bientôt sa place dans un grand nombre de transactions, certaine qu'elle serait de sortir triomphante des plaintes qu'elle pourrait exciter.

Il importerait donc peu que le vendeur n'eût pas racheté lui-même personnellement ou par personne interposée. Dès que de lui au prétendu acquéreur il s'est agi d'un prêt, que ce n'est qu'en vue de ce prêt que des objets mobiliers ont été livrés, il n'a pu ignorer qu'il ne pouvait s'agir de la possession de ces objets, que ce n'est que pour les revendre à tout prix que l'acheteur les a acceptés ; il s'est donc, en traitant dans ces conditions, rendu coupable d'une fraude que la prétendue vente a pour objet de déguiser, la peine qu'il a dès lors encourue doit être appliquée sans hésitation. L'acte doit être en conséquence ramené à ses véritables termes. C'est un prêt, et tout ce qui doit être restitué, c'est la valeur réellement reçue par l'emprunteur, augmentée des intérêts légaux.

Au reste, dans une appréciation de cette nature, les antécédents et la position respective des parties sont de nature à exercer la plus grave influence. Ainsi l'habitude de l'usure d'une part, de l'autre une éducation éloignant toute idée de trafic, étrangère à toute opération commerciale, fixerait la portée d'une vente dont la légitimité exigerait l'usage de l'un ou de l'autre.

943. — Contre une pareille vente, le reproche de fraude est toujours admissible même par la partie qui y a concouru. Vainement voudrait-on exciper de la règle *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. L'usure est prohibée par la loi. Sa répression intéresse l'ordre public. On ne peut donc renoncer, et moins encore se rendre non recevable à s'en prévaloir. Comme conséquence de ce principe, celui qui se plaint d'en avoir été victime est autorisé à le prouver non-seulement par témoins, mais encore par de simples présomptions.

L'appréciation de la pertinence de la preuve, ses conséquences par rapport à l'acte attaqué, sont laissées à l'arbitrage souverain des magistrats. La décision par laquelle il est déclaré en fait qu'une vente d'effets mobiliers constitue un prêt usuraire déguisé échappe à la censure de la cour de cassation [1].

944. — La vente des choses mobilières n'a pas seule le privilége de déguiser un contrat de prêt usuraire. L'aliénation d'un immeuble peut n'avoir que cet objet. La vente prétendue n'est

[1] Cass., 21 août 1839 ; D. P., 39, 1, 343.

alors qu'un contrat pignoratif que l'existence de l'usure peut faire annuler [1].

Donner en gage un immeuble soit par antichrèse, soit sous la forme d'une vente, n'a rien en soi d'illicite, lorsque, fidèles à la pensée qui a dicté le contrat, les parties se conforment dans l'exécution à son véritable caractère.

Mais l'antichrèse se prête peu à déguiser l'usure. Les loyers perçus, rapprochés des sommes à payer, indiquent d'une manière précise le taux auquel les intérêts ont été exigés. Il n'en est pas de même du contrat pignoratif; par l'apparence du contrat, le prêteur est en possession des immeubles, et si, le délai du réméré expiré, il prétend se les approprier définitivement, il peut ainsi consommer l'usure la plus effrénée.

L'attention des magistrats ne doit donc point se laisser distraire par la couleur donnée à l'acte, elle doit se porter avec soin sur la véritable intention des parties, et saisir les véritables caractères de la convention.

945. — Les éléments de cette appréciation avaient été déterminés par la jurisprudence ancienne, alors que la nature réelle de l'acte avait, sur sa validité, la plus haute, la plus décisive influence. A cette époque, en effet, la législation civile, se conformant au précepte du droit canonique, prohibait, d'une manière absolue, le prêt à intérêt sans aliénation du capital, et la connaissance des cas d'usure était abandonnée aux tribunaux ecclésiastiques. Cette prohibition, plus conforme au mysticisme religieux qu'aux franches notions de l'équité et de la justice, n'avait abouti qu'à produire des efforts successivement tentés pour l'éluder. C'est à ce titre qu'on avait d'abord recouru à l'antichrèse, bientôt déclarée illégitime.

Les créanciers, n'osant plus accepter des immeubles en gage avec pacte d'en percevoir les fruits pour leurs intérêts, imaginèrent de les acheter avec faculté pour les vendeurs de les reprendre dans un délai déterminé, et comme, aux termes du droit romain [2], la chose donnée en gage pouvait être louée par le créancier à son débiteur, ils relouèrent à leurs vendeurs les fonds que ceux-ci leur avaient vendus. Ces contrats furent nommés pignoratifs, parce que la vente qui y était stipulée n'était véritablement qu'une impignoration ou engagement [3].

L'effet de ce contrat ne fut pas de transférer la propriété sur la tête de l'acquéreur; celui-ci, à l'expiration du délai fixé pour le rachat, prorogeait la faculté de l'opérer et la relocation. Dans le cas contraire, il faisait saisir et vendre les immeubles, après commandement de payer le capital et les arrérages qualifiés de loyers.

Mais c'était là un nouveau moyen d'éluder la prohibition de la loi, à l'égard du prêt à intérêt, et de retirer de son capital un profit que l'aliénation seule de ce capital pouvait autoriser. En conséquence, un arrêt du parlement de Paris, du 29 juillet 1572, déclara ces contrats nuls et usuraires, défendant d'en passer aucun à l'avenir, sous peine de confiscation et d'amende.

Cette jurisprudence ne servit qu'à aggraver la position des débiteurs. Le contrat pignoratif ne cessa pas d'être pratiqué; seulement, dans le but d'éviter la peine qui les menaçait, les acquéreurs soutinrent que le contrat renfermait une vente sérieuse et réelle, en force de laquelle ils conservaient la possession définitive de l'immeuble, faute par le débiteur d'avoir usé de la faculté de racheter dans le délai stipulé.

De là, de nombreux litiges sur le véritable caractère de l'acte. En effet, si le créancier avait intérêt à le faire considérer comme une vente, le débiteur n'avait pas un intérêt moindre à le faire déclarer un contrat pignoratif, car, maintenu dans le premier cas, il était annulé dans le second. On s'appliqua dès lors à la recherche des caractères auxquels on devait reconnaître le contrat pignoratif, et à préparer ainsi les éléments de la solution que la difficulté devait recevoir. Ces caractères furent : 1° la vileté du prix; 2° la faculté de rachat; 3° la relocation au vendeur.

Prise isolément, chacune de ces circonstances ne pouvait paraître exclusive d'une vente réelle, mais leur réunion avait été considérée comme constitutive de l'impignoration. Cette doctrine, professée par tous les auteurs, avait été formellement consacrée par la jurisprudence.

Le décret du 2 octobre 1798 ayant permis le prêt à intérêt avec ou sans aliénation du capital, le contrat pignoratif devint parfaitement licite, à la charge toutefois de ne pas favoriser une spoliation usuraire. Cette dernière condition cessa même de devenir un obstacle lorsque la loi du 11 avril 1793, proclamant l'argent marchandise, chacun put stipuler l'intérêt qu'il lui plaisait exiger.

Il est vrai que l'effet de cette loi fut d'abord suspendu par des lois subséquentes et plus tard anéanti par le Code civil. Mais ce n'est que par

[1] Cass., 15 juin 1821.

[2] L. 37, Dig., *de adquir. et amitt. poss.*; L. 37, Dig., *de pignoratitia actione.*

[3] Lecamus, *Traité des intérêts*, p. 348.

la loi de septembre 1807 que le taux de l'intérêt, soit conventionnel, soit légal, a été fixé.

946. — L'admission par le Code civil du prêt à intérêt autorise aujourd'hui l'antichrèse et le contrat pignoratif. Mais le désir d'éluder la loi de 1807 peut rendre ce dernier un instrument d'usure; dans ce cas, mais dans ce cas seulement, la loi a dû le proscrire. La difficulté réside donc tout entière encore dans la détermination du caractère de l'acte, lorsque les parties ont adopté la forme de la vente; ce caractère posé, la question de savoir s'il y a usure ne constitue plus qu'une opération arithmétique.

La difficulté est donc, quoique sous un aperçu différent, ce qu'elle était sous l'empire de notre ancienne législation. La règle alors suivie devient conséquemment parfaitement applicable. On reconnaîtra le contrat pignoratif si la prétendue vente renferme les trois caractères ci-dessus indiqués, à savoir : la vileté du prix, la faculté de rachat, la relocation [1].

947. — L'acte déclaré contrat pignoratif sera nul comme vente, valable comme obligation jusqu'à concurrence du capital prêté et des intérêts légaux. Toute usure disparaîtra dès lors au moyen de l'imputation des sommes reçues sur ces intérêts, et subsidiairement sur le capital, dont le solde sera ainsi parfaitement déterminé.

948. — C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement l'exception proposée par le débiteur et les moyens que le créancier fait valoir. Aux éléments matériels qui précèdent vient se joindre un élément moral que l'ancienne jurisprudence n'avait pas négligé, à savoir : les antécédents de ce créancier. L'habitude d'usure, *consuetudo fœnerandi*, établie contre lui ferait facilement présumer la vérité du reproche qui lui serait adressé dans cette circonstance [2].

949. — L'exécution d'une vente sincère et légitime dans son principe peut devenir une occasion de fraude. C'est ce qui se réalise, lorsqu'une des parties tente de se soustraire aux obligations qu'elle s'est imposées soit pour la délivrance, soit pour l'acceptation et le payement du prix.

Le devoir, pour le vendeur, de délivrer la chose vendue implique nécessairement celui de veiller jusque-là à sa conservation. Conséquemment, s'il abuse de la jouissance qui lui a été laissée, si, loin d'y apporter les soins et la vigilance d'un bon père de famille, il la délaisse et l'abandonne, il se rend coupable d'une fraude l'obligeant à réparer le préjudice en résultant.

950. — Les torts du vendeur sont facilement appréciables, lorsque la fraude résulte d'un fait positif, *in committendo*. Un individu vend un cheval ou un immeuble livrable à une époque déterminée; dans l'intervalle de la vente à la livraison, il soumet ce cheval à un travail forcé ou lui refuse la nourriture nécessaire; il dégrade volontairement l'immeuble, laisse des tiers abattre des murailles, enlève ou permet d'enlever les portes ou les fenêtres. On n'hésitera pas à le rendre responsable de tous ces faits qui pourront, suivant les circonstances, se résoudre en des dommages-intérêts ou même autoriser la résiliation de la vente. La preuve des faits matériels est par elle-même démonstrative de la fraude, et cette fraude équivalant au dol, l'étendue des dommages-intérêts se détermine par les règles que nous avons exposées en traitant de celui-ci [3].

Il y aurait plus de difficultés dans le cas où le reproche de fraude est fondé sur un fait négatif, *in omittendo*. L'appréciation ne porte plus alors sur les conséquences d'un fait matériel convenu ou établi; c'est l'existence de ce fait, c'est le degré d'imputabilité qu'il s'agit de déterminer. A cet égard, il importe de rappeler que les tribunaux sont appréciateurs souverains de l'un et de l'autre. Ce qu'ils ne doivent jamais perdre de vue, c'est que la négligence, poussée jusqu'à de certaines limites, atteint aux proportions du dol, qu'elle en produit tous les effets, qu'elle doit aussi en produire les conséquences : *Dissoluta negligentia prope dolum est.*

951. — Ce n'est pas tout de conserver la chose, il faut encore la livrer au terme convenu. Le retard ou l'impossibilité d'opérer cette livraison constitue une fraude, si l'un ou l'autre n'est que la conséquence d'un fait volontairement réalisé par le vendeur. Le défaut de livraison, le retard même donne ouverture à l'action en délivrance ou en résiliation avec dommages-intérêts, s'il est résulté un préjudice de l'un ou de l'autre.

952. — L'article 1610 du Code civil, quant à cette double action, ne distingue même pas entre la fraude et la simple faute. Il suffit que l'inexécution se soit réalisée; qu'elle ait déterminé pour l'acheteur un préjudice quelconque pour que le droit qu'il consacre soit ouvert. On ne saurait qu'approuver le parti auquel s'est arrêté le législateur, car toute distinction à cet

[1] *Vid. infrà*, sect. VI, nos 1174 et suiv.
[2] *Vid. infrà*, chap. II, sect. VI.
[3] *Vid. suprà*, nos 307 et suiv.

égard ne pouvait que créer une multitude de difficultés et entraver la justice elle-même. D'ailleurs, en pareille matière on peut répéter, avec le droit romain : *Fraus non in consilio, sed in eventu*. Qu'importe, en effet, la bonne foi du vendeur, si, en définitive, en ne s'exécutant pas, il a causé à l'acheteur un préjudice exactement semblable à celui que la mauvaise foi aurait pu causer?

Ajoutons que la nuance qui sépare la bonne foi de la fraude est souvent imperceptible, surtout en matière commerciale. La hausse ou la baisse survenue depuis le marché joue trop souvent le plus grand rôle dans les difficultés que la délivrance fait éclore. Il était donc prudent de les prévenir en ne s'arrêtant qu'au fait matériel du défaut de livraison au terme convenu.

953. — Au reste, le législateur a fait la part de l'équité en permettant aux juges d'accorder un délai pour opérer la livraison [1]. Cette faculté, ils pourront en user lorsque la bonne foi du vendeur sera établie. Ils ne croiront jamais devoir y recourir lorsque la fraude aura seule déterminé le retard. Cette latitude, laissée à leur justice, atténue donc singulièrement la sévérité du principe de l'article 1610.

954. — Nous retrouvons une atténuation non moins importante dans la fixation du chiffre des dommages-intérêts. Là encore la bonne foi se distingue de la fraude, car, dans le premier cas, les seuls dommages qu'on puisse accorder sont ceux prévus au moment du contrat et *propter rem ipsam non habitam*. La fraude, au contraire, mettrait à la charge du vendeur tout le préjudice directement imputable à l'inexécution.

Ainsi, la distinction que la loi n'admet pas en principe entre la simple faute et la fraude, se retrouve dans les conséquences que chacune d'elles doit entraîner. La faute commise de bonne foi fait ce que la fraude exclut positivement, à savoir : proroger le délai de la livraison, modérer dans tous les cas les dommages-intérêts.

955. — La doctrine et la jurisprudence ont admis l'application de l'article 1184 du Code civil aux ventes commerciales. Mais c'est surtout dans cette matière qu'on doit se prescrire une extrême prudence dans l'usage de la faculté de proroger le délai de la livraison. L'esprit du législateur ne nous paraît pas comporter, quant à ce, l'ombre d'un doute. Cet usage n'est réellement admissible que lorsque la prorogation du délai est démontrée ne pouvoir entraîner aucun inconvénient réel pour l'acheteur.

Cela se rencontrera fréquemment dans les ventes ordinaires de meubles destinés à être jouis par celui qui les achète. Le retard que cette jouissance peut éprouver n'aura pas, à tout prendre, de bien graves inconvénients. On comprend, dès lors, que la bonne foi du vendeur en retard de livrer prévale sur la rigueur du droit.

Mais il en est autrement dans les transactions commerciales. Celui qui n'achète que pour revendre, qui souvent même a revendu immédiatement après avoir acheté, a le plus grand intérêt à recevoir les marchandises au jour indiqué, soit pour profiter du cours avantageux à cette époque, soit pour livrer lui-même à son acheteur. Tout retard peut devenir un véritable danger, car une marchandise admirablement tenue aujourd'hui peut subir dans les vingt-quatre heures une telle fluctuation, qu'au lieu du gain assuré que l'acheteur eût réalisé, s'il eût reçu la veille, c'est une perte sur le prix d'achat que la réception opérée le lendemain lui imposera. Dans de pareilles circonstances, il est évident que toute faveur pour l'un deviendrait une iniquité pour l'autre, et cela suffit et au delà pour que les tribunaux s'abstiennent d'user de la faculté que la loi leur laisse.

956. — C'est la chose vendue telle qu'elle existait au moment du contrat, telle qu'elle a été promise, qui doit être livrée. Toute modification, toute tromperie sur la nature, la qualité ou la quantité, constitue une fraude pouvant servir de fondement à l'action de l'acheteur.

957. — Ainsi, la vente d'un immeuble comprend virtuellement les meubles incorporés, les capitaux attachés à l'exploitation. Le vendeur ne peut donc, à moins de réserves expresses, enlever les uns ou les autres. Il importerait peu que cet enlèvement eût été réalisé avant la rédaction de l'acte, s'il l'avait été depuis la conclusion du marché ou même depuis la visite des lieux ; l'existence de ces meubles et capitaux, connue de l'acquéreur, entre dans les éléments sur lesquels il établit le prix qu'il doit offrir. On ne pourrait donc, sans altérer son appréciation, les enlever à son insu et sans son adhésion.

Le vendeur ne pourrait, pour justifier l'enlèvement, exciper du silence de l'acte. L'acquisition de l'immeuble entraîne celle de tout ce qui s'y est uni ou incorporé. On n'a nul besoin d'énoncer un fait que le droit commun crée et admet ; on n'a à s'occuper des meubles incorporés et des capitaux que si les parties ont voulu les distraire de la vente.

[1] Art. 1184 du Code civil.

Cette intention ne se présume jamais. Conséquemment, si l'acte est muet, l'enlèvement qui l'a précédé, accompagné ou suivi est nécessairement frauduleux. Le vendeur serait donc contraint de les rétablir ou d'en payer la valeur. Vainement prétendrait-il qu'il a été autorisé à en disposer. C'est là un fait qu'il ne saurait prouver autrement que par écrit, car il tend à affaiblir l'autorité d'un titre contre lequel l'article 1341 proscrit toute preuve testimoniale.

Mais si l'acquéreur se plaint de l'enlèvement, s'il demande et obtient de l'établir par témoins, ce qui est toujours admissible, la preuve contraire étant de droit, le vendeur pourra, par la même voie, justifier que, conséquence d'une réserve formellement convenue, l'enlèvement a été fait au vu et su de l'acquéreur et sans opposition de sa part. Cette preuve rendrait la réclamation ultérieure de celui-ci non recevable et mal fondée.

958. — Les récoltes pendantes par racines, les arbres radiqués sur la propriété au moment de la vente rentrent dans la catégorie des meubles et capitaux incorporés. Les règles applicables à ceux-ci doivent donc les régir. L'enlèvement des unes, la coupe des autres, soumis aux mêmes principes, produiraient les mêmes conséquences.

959. — La tromperie sur la nature de l'objet vendu constitue plus qu'une simple fraude, c'est un véritable délit prévu et puni correctionnellement par la loi [1].

Ainsi, celui qui a vendu de l'or ou de l'argent, et qui livre du cuivre ou de l'étain est non-seulement passible de l'action en résolution de l'acheteur, mais encore de la poursuite du ministère public. Il en est de même de celui qui, vendant une marchandise d'une nature déterminée, en livre réellement une autre. Par exemple, une liqueur fabriquée pour du vin, de l'huile de graine pour de l'huile d'olive, du seigle pour du blé, etc...

960. — Aux termes de la loi du 28 juillet 1824, la contrefaçon des marques de fabrique, l'usurpation du nom du fabricant, la fausse indication du lieu de la production, est assimilée à la tromperie sur la nature de la marchandise. La découverte par l'acheteur de la fraude pratiquée à son encontre l'autoriserait soit à refuser la livraison qui lui serait offerte, soit à demander, après la livraison, la résiliation de la vente et la restitution du prix. Cette demande serait compétemment déférée au tribunal correctionnel saisi de l'action en répression.

[1] Art. 423 du Code pénal.

961. — La tromperie sur la qualité est sans doute blâmable aux yeux de la morale, mais elle n'est pas considérée communément comme un moyen de revenir contre la vente. C'est principalement dans la vente des choses mobilières qu'on peut dire, avec le jurisconsulte romain : *Naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.* Le vendeur, à l'en croire, vend toujours ce qu'il y a de meilleur au monde, chacun sait cela. Mais on ne doit l'admettre qu'après s'en être assuré. L'acheteur qui ne prend aucune précaution, qui ajoute une foi trop aveugle à des allégations intéressées, se trompe lui-même autant qu'il est trompé. La faute étant commune, la responsabilité ne peut en appartenir à un seul.

Cependant la tromperie sur la qualité peut, dans maintes circonstances, entraîner la résiliation de la vente avec dommages-intérêts. Nul, en effet, ne peut être contraint d'accepter une marchandise d'une qualité autre que celle qu'il a entendu acheter, qu'on a entendu lui vendre. Ainsi, si j'achète des amandes de l'année ou des grains du pays, on ne pourrait me livrer des amandes vieilles ou des grains d'une provenance étrangère. Le refus que je ferais de les accepter serait sanctionné par les tribunaux. Dès lors, le vendeur, n'ayant pas rempli ses obligations, devrait réparer le préjudice résultant de l'inexécution.

Mais l'exception de non-conformité doit être opposée avant l'acceptation. La livraison réalisée, tout est consommé et la différence de qualité ne serait plus proposable.

962. — Il est cependant une hypothèse où la différence de la qualité entraînerait la résiliation même après livraison, mais cela ne pourrait avoir lieu qu'aux deux conditions suivantes :

1° La qualité, sur laquelle on a été trompé, doit avoir été la cause déterminante du contrat, à tel point que, sans l'engagement du vendeur à cet égard, l'achat n'aurait point été contracté. Dans ce cas, la fraude attaque le contrat dans son essence, vicie le consentement lui-même, il n'existe plus aucun lien obligatoire.

2° L'acceptation par l'acquéreur de l'objet livré ne doit avoir été déterminée que par la garantie formelle donnée par le vendeur de l'existence de la qualité requise. Cette garantie est décisive, car elle a pour effet naturel d'empêcher les investigations qu'une simple allégation commanderait. Dès lors, si le fait garanti n'existe pas, l'obligation résultant de la garantie doit sortir à effet, et cet effet ne peut être que la rési-

liation de la vente, avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

C'est surtout pour les objets d'art, dont la valeur dépend bien souvent du maître auquel on les attribue, que la tromperie sur la qualité peut offrir les conditions que nous venons d'énoncer et entraîner la résolution du contrat. Ainsi, il a été jugé que l'erreur de l'acheteur d'un tableau sur le nom de l'auteur emporte la résolution de la vente, lorsqu'il est établi, d'une part, que le vendeur a surpris le consentement de l'acheteur en lui garantissant faussement la sincérité de l'origine attribuée au tableau vendu, et que, d'autre part, c'est en considération de cette origine que l'acquisition a eu lieu [1].

963. — Le vendeur, qui livre une chose qu'il sait impropre à sa destination, commet une fraude qui l'oblige à réparer le préjudice souffert par l'acheteur. Nous avons déjà dit que si le vice caché était ignoré du vendeur, sa garantie n'est engagée que pour le dommage éprouvé quant à la chose elle-même; s'il connaissait ce vice et qu'il l'ait dissimulé, c'est le dommage souffert par l'acheteur sur ses autres biens qu'il est tenu de supporter [2].

964. — La tromperie sur la quantité est un délit, lorsqu'elle résulte de l'usage de faux poids ou de fausses mesures. Délit ou simplement erreur, l'acheteur qui en est victime a le droit d'exiger le complément qui lui est dû ou de ne payer que ce qu'il a réellement reçu.

965. — A l'obligation de livrer que prend le vendeur, se joint celle de faire jouir l'acquéreur de la chose vendue, après lui en avoir transféré la propriété. Celui qui vend la chose d'autrui s'expose à ne pouvoir remplir ni l'une ni l'autre de ces obligations.

Les conséquences d'un acte de ce genre diffèrent selon que le vendeur a été de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, il n'est obligé que dans les proportions déterminées par l'article 1634 du Code civil.

Mais celui qui vend sciemment la chose d'autrui commet une fraude tant à l'égard du véritable propriétaire qu'à l'égard de l'acquéreur; il doit donc être tenu de les indemniser l'un et l'autre. Cette indemnité doit, pour le propriétaire, consister au remboursement de tous les frais que l'acte a pu lui occasionner, celle due à l'acquéreur est réglée par l'article 1635. Toute indulgence, en pareille matière, serait contraire à l'esprit de la loi; il faut se bien garder, en effet, de paraître encourager des entreprises aussi condamnables, aussi dangereuses pour l'ordre social.

966. — Il est une fraude plus condamnable encore, si c'est possible, c'est celle consistant à vendre deux fois la même chose. C'est là, en effet, un véritable vol contre l'un des deux acquéreurs, puisqu'il est impossible qu'ils reçoivent tous les deux l'objet qui leur a été cependant vendu.

Nous n'avons pas à rechercher les causes de préférence d'une vente sur l'autre, le rang d'antériorité qui doit leur être assigné, soit qu'il s'agisse d'un meuble, soit qu'il s'agisse d'une chose immobilière. Ces questions appartiennent à une matière autre que celle dont nous devons exclusivement nous occuper. Ce que nous devons rechercher, c'est l'effet que la double vente produit vis-à-vis des acquéreurs, soit contre le vendeur, soit contre chacun d'eux.

D'abord, et par rapport au vendeur, aucun doute ne saurait jamais s'élever. L'acte qu'il s'est permis est une fraude insigne contre les deux acquéreurs. Ils ont donc l'un et l'autre le droit incontestable de poursuivre la réparation du préjudice que cette fraude est dans le cas de leur occasionner.

967. — La seconde vente n'est en général susceptible de sortir à effet que si le vendeur n'avait pas antérieurement aliéné ce qui en fait la matière. Le second acquéreur a le plus grand intérêt à ce qu'il en soit ainsi. Pourra-t-il dès lors soutenir que la première vente n'est qu'apparente et ne constitue qu'une simulation; que conséquemment le vendeur ayant conservé la propriété de la chose a pu valablement la lui transmettre?

Cette faculté a été contestée. La prétention du second acquéreur, a-t-on dit, ne tend à rien moins qu'à faire considérer la première vente comme faite en fraude de ses droits. Or, pour qu'on puisse recourir au remède prescrit par l'article 1167, il faut, de toute nécessité, que le droit, qu'on prétend frauduleusement éludé, ait préexisté à la consommation de la fraude. Dans l'hypothèse, cette condition est impossible, puisque le droit du second acquéreur n'a été acquis que postérieurement à l'acte attaqué. Comment donc admettre que cet acte n'ait été réalisé qu'en fraude d'un droit qui n'était pas même né.

968. — Nous ne pouvons admettre cette doctrine dans le sens absolu qu'on lui prête. A notre avis, une distinction est essentielle pour l'exacte appréciation de la question que nous examinons.

[1] Douai, 27 mai 1846; D. P., 46, 4, 509.

[2] *Vid. suprà*, n° 307.

Si le vendeur avait été laissé en possession lors de la première vente, et que cette possession ait été transmise au second acquéreur, celui-ci sera nécessairement défendeur dans l'instance en revendication que le précédent acquéreur sera dans le cas d'intenter; comme tel, il sera autorisé à discuter la légitimité du titre qu'on lui oppose et qui ne pourra sortir à effet que s'il est déclaré sérieux et sincère. Cette discussion comporte nécessairement l'exception de simulation et de fraude, avec d'autant plus de raison que le fait lui-même vient lui assurer un appui incontestable.

Il n'est pas, en effet, naturel que celui qui a réellement acquis ne se mette pas en possession des choses qui lui ont été aliénées. Ce défaut de prise de possession rend suspect le caractère de l'acte; il constitue dans tous les cas une faute grave, ayant favorisé la fraude dont le second acquéreur est victime, et facilité le piége tendu à sa bonne foi. Il est donc équitable de permettre à celui-ci de prouver que l'acte qu'on lui oppose n'a rien de réel, et que la demande à laquelle il résiste n'est elle-même qu'une fraude entée sur une simulation.

Le fait de la possession par le vendeur, au moment de la seconde vente, est donc décisif. Mais il le serait beaucoup moins, s'il était expliqué par la première vente de manière à exclure toute idée de faute de la part de l'acquéreur, par exemple, si la remise de cette possession avait été fixée à un terme convenu; si l'acte portait relocation en faveur du vendeur. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'exception de fraude n'en serait pas moins recevable, mais elle serait très difficilement admissible.

Si le second acquéreur est demandeur en délaissement contre le premier, la position est toute différente. Les règles à suivre ne peuvent être identiques. Assuré par l'exécution qu'il a reçue, le titre du premier acquéreur se suffit à lui-même, et son droit ne peut être altéré que si ce titre vient à périr. Or le second acquéreur, dont les droits ne sont nés que postérieurement, n'a pas qualité pour agir directement en vertu de l'article 1167. Il ne peut donc attaquer le titre qui lui est opposé qu'en exerçant les actions de son vendeur, et dans les cas seulement où celui-ci pourrait l'attaquer lui-même. Or, nous verrons plus bas que le complice de la simulation, lorsqu'il a pu s'en procurer une preuve écrite, est non recevable à prétendre la prouver par témoins. Cette fin de non-recevoir, écartant le vendeur, écarterait le second acquéreur, qui n'est que son ayant cause, à moins qu'il ne s'agit d'une simulation illicite que les parties elles-mêmes peuvent toujours prouver tant par témoins que par présomptions.

Admettre le contraire, ce serait éluder la prohibition de la loi et permettre au vendeur de faire indirectement ce qu'il ne pourrait faire d'une manière directe. Celui-ci, en effet, n'aurait qu'à simuler une seconde vente, puisqu'il pourrait, par ce moyen et à l'aide d'une interposition de personne, faire admettre un genre de preuve formellement interdit par l'article 1341.

Les facilités que cette fraude rencontrerait ont dû déterminer le législateur à la considérer comme certaine lorsqu'une partie prétend avoir acheté un objet dont le vendeur n'avait plus la possession. Cette circonstance mérite, dans tous les cas, d'être approfondie. Elle doit, en effet, conduire nécessairement l'acquéreur à la connaissance d'une vente antérieure. En conséquence, celui qui, sans s'en préoccuper, a contracté avec le prétendu propriétaire d'une chose possédée par un autre, est au moins coupable d'imprudence. Il ne peut accuser qui que ce soit de l'avoir trompé, puisqu'il s'est prêté à se tromper lui-même.

On est censé connaître dès qu'on a pu connaître. Or, pour le second acquéreur, la connaissance d'une vente précédente le constitue tellement en mauvaise foi, qu'il ne pourrait faire prévaloir son titre, même authentique, sur celui du premier acquéreur n'ayant qu'un sous seing privé. Il y a même plus, la seconde vente n'étant qu'une fraude au préjudice de la première, celui qui, éclairé sur l'existence de celle-ci, a accepté le bénéfice de l'autre, s'est, par cela même, rendu complice de la fraude. Il pourrait, dès lors, être poursuivi et condamné solidairement à réparer le préjudice que cette fraude a occasionné.

969. — La vente impose à l'acquéreur l'obligation de recevoir livraison au terme convenu. L'inexécution de cette obligation autorise le vendeur à en poursuivre l'accomplissement ou à demander la résolution de la vente. Il peut, de plus, exiger dans l'un et l'autre cas des dommages-intérêts si le retard mis à prendre livraison lui a causé un préjudice.

Ce retard fait d'ailleurs cesser l'obligation imposée au vendeur de conserver la chose vendue, en ce sens que la perte de cette chose ou les détériorations qu'elle viendrait à subir restent à la charge de l'acquéreur légalement en demeure. Mais la cessation de la responsabilité du vendeur ne peut s'entendre de telle manière qu'elle pût autoriser un délaissement complet de cette chose.

Tant que le vendeur est en possession, il répond de son dol ou de sa fraude : *Quum moram emptor adhibere cœperit, jam non culpam, sed dolum tantum præstandum venditore* [1].

Aux termes de l'article 1657 du Code civil, la vente de denrées et effets mobiliers est résiliée de plein droit et sans sommation au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retirement. Mais c'est là une simple faculté dont le vendeur peut ou non user, dont il n'usera que très-rarement dans le cas où le défaut de retirement sera le résultat de la fraude. Il est évident, en effet, que l'inexécution par l'acheteur suppose que le marché lui est devenu onéreux, et, par cela même, un intérêt contraire chez le vendeur, puisque la perte à subir resterait pour son compte. Il est donc certain qu'au lieu de considérer le marché comme résilié, il préférera contraindre l'acheteur à l'exécuter en prenant livraison ou à l'indemniser du préjudice que le refus de celle-ci entraînerait. Les dommages-intérêts doivent toujours comprendre dans ce cas la différence entre le prix actuel de l'objet vendu et celui fixé dans le contrat.

970. — L'acquéreur est obligé de payer le prix stipulé. Le retard dans ce payement entraîne des dommages-intérêts consistant dans tous les cas au payement des intérêts, mais qui peuvent, dans le cas de fraude, comprendre le préjudice qui en serait une conséquence directe.

971. — Les parties peuvent s'en remettre, pour la détermination du prix, à l'arbitrage d'un ou de plusieurs experts. La fraude des experts pourra-t-elle nuire ou profiter aux parties?

972. — La négative était enseignée sous l'empire du droit romain par de célèbres commentateurs : *Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium, ad ipsum bonæ fidei judicio, id est judicis officio secundum naturam negotiorum bonæ fidei, ex bono et æquo corrigendum est.* Cette opinion de Voet [2] est aussi celle de Cujas et des jurisconsultes de son école.

973. — Dans notre ancien droit, Pothier n'hésite pas à tenir qu'en pareille circonstance la vente doit être annulée. « Si le tiers, dont les « contractants sont convenus, a fait une estima- « tion, mais qui soit manifestement inique, il « n'y aura pareillement point de vente, et c'est « la même chose que s'il n'avait point fait d'es- « timation, car les contractants, en s'en rap- « portant à son estimation, ont entendu non « une estimation purement arbitraire, mais une « estimation *tanquam boni viri*, une estimation « juste [3]. »

Mais Despeisses enseigne l'opinion contraire. Se fondant sur ces expressions de la loi dernière au Code, *de cont. empt. : Ut si quidem ipse qui nominatus est pretium definiret, omni modo secundum ejus æstimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire*, il refuse tout recours aux parties, même en présence d'une estimation de l'iniquité la plus révoltante [4].

974. — Quelques jurisconsultes modernes, notamment Troplong, se sont rangés à l'opinion de Despeisses. De l'avis du savant magistrat, le texte invoqué est décisif. En conséquence, tout en refusant à la décision de l'expert le caractère d'un jugement arbitral, Troplong la considère comme inattaquable, même pour cause de lésion de plus des sept douzièmes [5].

975. — Quelque considérable que soit cette autorité, nous ne saurions l'accepter en principe. L'opinion de Voet, de Cujas, de Pothier, nous paraît préférable non-seulement sous le rapport de l'équité, mais encore au point de vue de la légalité.

Sans doute, en règle ordinaire, chacun doit exécuter l'obligation qu'il a légalement et librement consentie, dût cette exécution entraîner quelques inconvénients. Mais, nous l'avons bien des fois répété, la fraude fait en tout et partout exception au droit commun.

Or, une évaluation évidemment inique est une fraude à l'encontre de celui qui doit en supporter les conséquences. Cette proposition, incontestable lorsque l'expert a ou agi malicieusement ou cédé à la corruption, pourrait-elle être contestée lorsque, sans données positives sur l'intention, on se trouve en présence d'un résultat violant ouvertement toute idée d'équité et de justice? Nous le comprendrions si la fraude ne pouvait subsister que par le concours du fait et de l'intention, *consilium et eventus*, mais tel n'est pas son caractère. Ce qui la constitue, c'est la certitude d'un préjudice, *fraus non in consilio, sed in eventu;* et ce qui fait le mérite de cette décision, c'est qu'il ne saurait exister un fait nuisible sans qu'il naisse en même temps la certitude d'une volonté mauvaise ou d'un devoir violé. Or, la faute, lorsqu'elle atteint à de certaines limites, l'imprudence, la négligence même,

[1] L. 17, Dig., *de pericul. et comm. rei vend.*
[2] *Ad Pand., de contrah. emptione*, n° 23.
[3] *De la Vente*, n° 24.
[4] T. I, p. 2, n° 6.
[5] *De la Vente*, t. I, n° 158.

acquiert les proportions du dol, *prope dolum est.*

Dès lors l'estimation, jusqu'à un certain point exagérée, pourra être acceptée comme le résultat d'une simple faute, d'une négligence ordinaire, et ne pourra vicier conséquemment la convention. Mais l'évaluation, notoirement, positivement inique, suppose, à défaut d'une volonté perverse, une faute tellement grave, une négligence tellement lourde, qu'il serait injuste de la tolérer. Parfaitement assimilable au dol, elle doit en produire tous les effets, car elle en entraînerait les résultats.

Cela admis, la décision de Voet, de Cujas, de Pothier, se trouve légalement justifiée, puisque le texte invoqué à l'appui de la solution contraire ne peut recevoir aucune application à l'hypothèse d'un dol ou d'une fraude. Vainement dirait-on que, dans tous les cas, s'agissant du fait d'un tiers, ce dol et cette fraude ne peuvent être opposés à la partie. L'expert, en acceptant la mission qui lui est confiée, devient le mandataire des parties et procède en cette qualité. Dès lors, la fraude qu'il commet est opposable au mandant ou par le mandant, car elle ne peut pas plus lui nuire qu'elle ne pourrait lui profiter.

Nous admettons donc en principe que l'estimation inique ne crée aucun lien obligatoire, mais le développement de ce principe peut créer de sérieuses difficultés. A quelles conditions reconnaîtra-t-on l'existence de ce caractère? Ici toute règle précise devient impossible à formuler. Il n'y a plus qu'une appréciation de faits et circonstances spéciaux à chaque espèce, c'est au juge investi à rechercher dans le mode suivi par l'expert les éléments de sa conviction.

976. — Il est évident que toute exagération ne constituerait pas l'estimation inique. L'appréciation de la valeur vénale d'un objet quelconque n'est pas ce qu'on demande exclusivement à l'expert. Il est une valeur morale, des considérations de convenance ou d'agrément qui doivent aussi être consultées. Cette valeur morale est susceptible d'être différemment appréciée. Tout dépend de l'opinion personnelle qu'on s'en fait, du point de vue auquel on se place. Une erreur même grave, résultant de données exagérées à cet endroit, ne serait pas l'évaluation inique dont on pourrait se plaindre. Il en serait autrement si, toutes choses poussées à l'extrême, on se trouvait encore en présence d'une estimation évidemment exagérée.

Aussi ne dirons-nous pas qu'on doit considérer comme limite extrême une lésion même des sept douzièmes. Souvent, en effet, cette lésion ne subsistera que parce que le vendeur s'exagère à lui-même la valeur matérielle ou morale de sa propriété, ou parce que l'acquéreur méconnaît par trop l'une et l'autre. C'est aux magistrats qu'il est réservé de dire droit sur chaque espèce. Leur prudence et leurs lumières garantissent suffisamment qu'ils sauront, sans les confondre, distinguer l'erreur excusable de celle qui ne pourrait l'être, et concilier ainsi ce que l'équité et le respect des conventions exigent réciproquement.

977. — Tant que le prix n'est pas payé, l'acquéreur n'est, en quelque sorte, que le dépositaire de la chose vendue, les dégradations qu'il lui ferait volontairement subir seraient autant de fraudes tendant à diminuer la valeur du gage au préjudice du vendeur, pouvant perdre ainsi les garanties de ce qui lui est dû. Celui-ci pourrait dès lors demander soit le payement immédiat du prix, soit la résiliation de la vente, avec dommages-intérêts.

978. — Le vendeur non payé a le droit d'attaquer, pour cause de fraude et comme faite à son préjudice, la revente opérée par l'acquéreur, alors même qu'il aurait formé une surenchère sur le prix de cette revente [1]. La surenchère est une mesure conservatoire, ne pouvant empêcher l'exercice ultérieur de l'action en résolution pour fraude.

Cette fraude du second vendeur résulterait suffisamment de l'époque rapprochée de la seconde vente avec la première, de la vileté du prix, des termes très-courts accordés pour le payement, et de l'engagement pris par l'acquéreur, avant la vente, de garantir son vendeur de toutes les poursuites qui pourraient être faites contre lui par le premier vendeur [2]. L'existence d'un pareil engagement prouve la complicité de l'acquéreur dans la fraude du vendeur, complicité sans laquelle, nous le verrons plus tard, l'acte onéreux ne pourrait être annulé.

979. — L'échange n'est, à vrai dire, qu'une vente mutuelle et réciproque. Le prix de la chose donnée par l'un consiste dans la chose donnée par l'autre; chacune des parties, étant également acquéreur et vendeur, se trouve donc soumise aux obligations de l'un et de l'autre, comme elle en a les droits.

Dès lors, ce que nous avons dit de la fraude, à l'endroit de la vente, reçoit une application directe dans l'hypothèse d'un échange. Conséquemment, c'est par les principes que nous ve-

[1] Cass., 3 juillet 1817.

[2] Même arrêt.

nons d'exposer que les difficultés offertes par ce dernier contrat devront se résoudre.

980. — L'échange de la chose d'autrui est nul comme le serait la vente. L'article 1704 s'occupe du cas où la découverte du défaut de propriété du copermutant est postérieure à la réception de la chose, et antérieure à la livraison de celle promise en contre-échange. Il autorise le refus de toute livraison ultérieure. Cette solution est avouée par la raison et la justice. Comment exécuter une convention ayant pour résultat probable d'enlever à l'un l'équivalent de ce qu'il donne lui-même? Tout ce qu'on peut exiger, c'est la restitution de la chose déjà livrée, sauf les dommages-intérêts pouvant être dus à la partie qui restitue.

981. — Si l'échange a reçu sa complète exécution, s'il y a eu livraison réciproque, l'échangiste ayant reçu la chose d'autrui doit-il être admis, dès la découverte qu'il en fait, à poursuivre la résolution du contrat?

Des difficultés ont été soulevées à cet égard, non que la nullité de l'échange ait été révoquée en doute, mais par la raison que l'article 1704 ne s'appliquant que dans l'hypothèse d'un échange encore imparfait, il faut en conclure que son exécution entière ne rend l'action du copermutant recevable qu'au moment où le trouble se réalise par la réclamation du véritable propriétaire. C'est ce que la cour de cassation a elle-même décidé le 11 décembre 1815.

Mais on a fait remarquer, et selon nous avec raison, que, puisque la découverte du vice suffit pour arrêter l'exécution de l'acte, il est logique de donner à la même circonstance l'effet de faire révoquer celle qu'il a reçue et qui n'est que le résultat de l'erreur d'une part, de la fraude de l'autre. C'est ce qu'on admet d'ailleurs pour la vente, dont les règles s'appliquent à l'échange. Comment donc le refuser pour celui-ci? Parce que l'article 1704 ne parle que d'un cas spécial? Mais cet article a bien plutôt voulu créer une exception à la règle *pendente lite tenet contractus*, en vertu de laquelle le défendeur aurait pu demander l'exécution préalable de l'acte, qu'à établir une exception au droit absolu de demander la résiliation, exception qui ne saurait, dans aucun cas, résulter suffisamment de l'argument *a contrario*, tiré de l'article 1704 [1].

Il est vrai que l'arrêt de la cour de cassation, du 11 décembre 1815, se fonde sur ce que l'article 1704 ne parle que du refus de livraison, sans s'occuper de la revendication. Mais il est évident que la cour, préoccupée de l'espèce sur laquelle était intervenue la décision attaquée, n'a pas dû s'appesantir beaucoup sur la question qu'elle paraît résoudre. Il s'agissait, en effet, de l'échange contre un bien dont la dotalité avait été déclarée et qui était dès lors parfaitement connue. On opposait donc avec raison au demandeur le caractère relatif de la nullité, et la disposition de l'article 1125 du Code civil; c'est sans doute au silence gardé par la femme que les motifs de l'arrêt font allusion. Le rejet de la réclamation était donc, dans cette espèce, commandé par ce même article 1125.

La cour régulatrice aurait-elle décidé de même, s'il se fût agi d'un échange du bien d'autrui? Nous en doutons avec d'autant plus de raison qu'elle a jugé en sens inverse, en décidant, le 16 janvier 1810 :

1° Que l'article 1599, qui déclare nulle la vente du bien d'autrui, est applicable en matière d'échange;

2° Que l'échange d'une chose indivise, entre l'échangiste et un tiers, peut, sur la demande du coéchangiste qui a ignoré cette indivision, être annulée comme étant une aliénation de la chose d'autrui;

3° Enfin, que la nullité doit être prononcée, bien même que l'indivision ait cessé d'exister, si d'ailleurs la demande en nullité est antérieure à la poursuite en partage.

Dans cette espèce, on le voit, l'échangiste était si peu recherché, que toutes recherches étaient impossibles. En effet, et avant la fin du litige, le coéchangiste était devenu, par l'effet du partage, propriétaire unique de la chose par lui donnée; cependant la cour n'hésite pas à admettre la demande.

Il y a donc entre ces deux décisions une anomalie qui serait inexplicable si la différence des faits ne nous en donnait le mot. Dans celle de 1810, l'échangiste *ignorait* le vice de la chose. Il était donc victime d'une fraude. Dans celle de 1815, cette *ignorance* n'existait pas, la dotalité ayant été déclarée; dès lors point de fraude, point de préjudice. Aussi trouvons-nous le résultat de cet arrêt très-juridique, et nous opposerions hardiment la fin de non-recevoir qu'il consacre à tout échangiste ayant sciemment accepté la chose d'autrui. Seulement nous motiverions notre solution sur la maxime *volenti non fit injuria* [2].

[1] Duvergier, *Vente*, t. II, no 43; Favard, vo *Échange*, no 2; Rolland de Villargues, *ibid.*, nos 28 et 29.

[2] Voy. Poitiers, 16 avril 1822.

Ainsi, la découverte que la chose reçue n'appartenait pas à celui qui l'a donnée autorise la demande en résiliation. La preuve qu'il en est ainsi la ferait inévitablement accueillir.

982. — Quels seront les effets légaux de la résiliation?

D'abord, la faculté pour l'échangiste de revendiquer la chose par lui livrée. Cela ne souffre aucune difficulté, lorsque la chose se trouve encore entre les mains du coéchangiste. N'ayant rien donné en échange, il n'a aucun droit à la chose par lui reçue. Le continuer dans sa possession ne saurait donc se concevoir en présence d'une revendication formelle de la partie contractante.

983. — La question de revendication devient plus délicate lorsque le défendeur ayant aliéné la chose qu'il avait reçue, c'est contre le tiers détenteur que cette revendication doit être intentée et poursuivie.

Le droit romain la refusait positivement : *Contra emptorem quidem nullam te habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo permutationis non negas* [1]. Cette décision formait le droit commun avant le Code civil, et c'est sous son empire que la cour de cassation a jugé, le 16 prairial an XII, que la revendication contre le tiers détenteur était interdite.

Le Code civil a-t-il abrogé cette législation? Non, dit Favard [2]. L'article 1704, en décidant que le copermutant reprendra la chose, ne s'explique pas en ce qui concerne le tiers détenteur. Donc, au regard de celui-ci, il faut s'en tenir aux principes du droit romain, et notamment à la solution de la loi 4, au Code, *de rerum permutatione*.

Mais indépendamment de l'article 1704, le législateur français a édicté l'article 1707, aux termes duquel toutes les *autres* règles prescrites pour la vente s'appliquent à l'échange. Or, personne ne conteste au vendeur non payé de revendiquer contre le tiers détenteur. Cette règle serait-elle en dehors de *toutes les autres* que l'article 1707 déclare communes à l'échange?

Remarquons que l'assimilation entre l'échange et la vente n'avait pas été méconnue par le droit romain. La loi 4 au Code n'avait fait que l'appliquer justement en prohibant pour l'échange ce qui était déjà prohibé pour la vente. On sait, en effet, que le vendeur, ayant suivi la foi de l'acquéreur, n'avait plus contre celui-ci qu'une action personnelle en payement du prix.

La théorie du Code n'est plus celle sur laquelle était fondé le droit romain. N'est-il donc pas logique de dire aujourd'hui que par cela seul que l'action contre le tiers est ouverte en cas de vente, elle l'est également pour l'échange. L'identité dans le contrat doit déterminer l'identité des conséquences.

On cherche à expliquer la différence par ce fait que le vendeur a un privilége que la loi le force d'inscrire, tandis que le copermutant n'en a aucun.

Mais, dit Merlin [3], ce qui répond victorieusement à cela, c'est qu'il doit en être de l'aliénation par l'acheteur qui n'a pas payé son prix, comme de l'hypothèque qu'il aurait constituée sur le fonds dont il doit le prix à son vendeur; qu'aux termes de l'article 2025, l'hypothèque prise sur l'acquéreur qui n'a point payé le prix, s'évanouit lorsque le vendeur, à défaut de payement, a fait prononcer la résolution de la vente; qu'ainsi l'aliénation que l'acquéreur a faite avant qu'à défaut du payement du prix, la vente ait été résolue, doit également être considérée comme non avenue; et qu'enfin le défaut d'inscription du privilége du vendeur ne prive celui-ci ni de la faculté de faire résoudre le contrat de vente, ni du droit de faire valoir cette faculté soit contre les créanciers hypothécaires, soit contre les aliénataires de l'acheteur.

Merlin pense donc que l'article 1707 s'en référant pour l'échange aux règles de la vente, le législateur a formellement abrogé la loi 4, au Code, *de rerum permutatione;* qu'on doit donc tenir comme certain qu'aujourd'hui l'échangiste évincé ou menacé de l'être peut revendiquer la chose par lui livrée contre le tiers détenteur. C'est aussi ce qu'enseignent d'autres graves jurisconsultes [4].

Ainsi, la revendication peut être utilement exercée contre le tiers acquéreur. L'échangiste ayant perdu ou se trouvant exposé à perdre la chose en échange de laquelle il a livré la sienne, est, par rapport à celle-ci, un véritable vendeur non payé. Conséquemment, l'acheteur direct du copermutant, comme tous les acheteurs successifs, subira l'application de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*. Par un *à fortiori* incontestable, les hypothèques et priviléges conférés depuis l'échange s'effacent et dis-

[1] L. 4, Cod., *de rerum permut.*
[2] Vo *Échange.*
[3] *Rép.*, vo *Échange*, no 2.
[4] *Vid.* notamment Troplong, sur l'art. 1704; Duranton, t. XVI, p. 578 et suiv.

paraissent. Les droits du copermutant étant conditionnels et résolubles, tout ce qui émane de lui revêt ce double caractère; donc la résolution prononcée et la condition se réalisant, la chose rentre franche et libre aux mains de son ancien propriétaire [1].

984. — Le vice résultant du défaut de propriété chez le copermutant est radical et absolu, à tel point que la ratification du véritable propriétaire ne saurait couvrir la nullité qui en résulte. C'est ce qui s'induit de l'arrêt de la cour de cassation du 16 juin 1810, que nous avons ci-dessus cité. On comprend assez que le fait d'un tiers ne puisse faire maintenir un contrat viscéralement sans effet par le défaut de capacité des parties contractantes au moment de sa confection. C'est la ratification qui constituerait le véritable échange, et, dès lors, on ne saurait l'imposer à la partie contre son gré, si elle refusait d'y consentir.

985. — Mais si la ratification est sans résultat sur l'existence de l'acte, elle peut exercer une grande influence sur l'appréciation des dommages-intérêts réclamés, car la résiliation crée pour la partie qui l'obtient le droit à obtenir un dédommagement, même dans le cas où elle réclame la restitution de ce qu'elle a donné.

986. — Il est vrai que ce droit a été contesté. L'article 1705, a-t-on dit, autorise la reprise de la chose ou des dommages-intérêts. En s'en tenant à cette alternative le législateur a donc proscrit le cumul.

C'est là interpréter l'article 1705 d'une manière fort inexacte et en méconnaître ouvertement le sens. Cette disposition ne dit qu'une seule chose, à savoir : que la reprise de la chose ne constitue, en cas de résiliation, qu'une faculté et non une obligation. Le demandeur a donc le choix de réclamer, en cas de résiliation, ou la restitution de ce qu'il a donné, ou l'allocation d'une somme en représentant la valeur. La possession de la chose peut être onéreuse; la preuve que le propriétaire ne voulait pas la conserver, c'est qu'il l'avait aliénée, et le même intérêt peut exister après comme avant la résiliation. Ces exigences que le législateur a comprises et que les tribunaux pouvaient méconnaître l'ont décidé à ne faire de la reprise de la chose qu'une faculté au choix de celui qui a obtenu la résiliation.

Indépendamment du droit d'obtenir ou la chose ou son équivalent en argent, ce qui ne saurait être raisonnablement contesté, l'échangiste évincé peut essuyer un préjudice plus ou moins considérable par la résiliation de l'échange. Les dépenses qu'il a réalisées sur la chose qui lui est enlevée, la perte des avantages que la possession lui promettait, les frais frustrés du procès qu'il a à soutenir, tout cela exige un dédommagement que l'article 1705 n'a jamais eu pour objet d'empêcher.

La reprise de la chose ne laisse pas quelquefois que d'exiger un dédommagement. La jouissance d'un coéchangiste a pu s'exercer au gré de sa volonté et même de ses caprices. Il a pu changer les lieux, ajouter des constructions nouvelles parfaitement inutiles au propriétaire réintégré, introduire un nouveau mode de culture onéreux pour celui-ci, enfin dégrader la chose. Or, si les parties, par la résiliation, doivent se retrouver au même état qu'auparavant, n'est-il pas juste que ce résultat s'obtienne aux dépens de celui qui a occasionné la résiliation?

Le droit d'obtenir des dommages-intérêts, même dans le cas de réintégration dans la propriété de la chose échangée, nous paraît commandé par ces considérations. Il est, de plus, consacré par les principes généraux du droit, par les principes spéciaux de la vente [2]. Nous avons déjà dit qu'on doit, en matière d'échange, s'en référer aux uns et aux autres.

987. — Les dommages-intérêts sont donc dus dans tous les cas. Leur appréciation est livrée à la prudence et à la sagesse des tribunaux. Les règles prescrites par les articles 1634, 1635 et 1646 sont applicables à l'échange et fournissent un mode de liquidation qu'il convient de suivre. Les dommages-intérêts résultant de la dépossession devraient être refusés s'il dépendait du demandeur d'éviter cette dépossession, dans le cas, par exemple, où il n'aurait pas voulu accepter la ratification du véritable propriétaire.

988. — Si la partie préfère un dédommagement en argent à la restitution en nature, ce dédommagement doit consister dans le prix actuel de la chose. L'augmentation de valeur qu'elle aurait subie, même par le seul bénéfice du temps, devrait profiter à celui qui, dépouillé de la chose par lui reçue, est censé avoir toujours possédé celle qu'il avait donnée. Fixer la valeur restituable à celle qu'avait la chose au moment de l'échange, ce serait éluder la faculté laissée par l'article 1705 et forcer à demander, dans tous les cas, la restitution en nature.

989. — L'article 1706 prohibe l'action en lésion pour le contrat d'échange. Cette solution,

[1] Aix, 25 mai 1813; D. A., t. XII, p. 939.

[2] Voy. art. 1184, 1599, 1610 et 1626 du Code civil.

admise dans l'ancien droit contre l'opinion de Godefroi, Cujas, Dumoulin et Pothier, reposait sur ce fondement qu'il n'était pas facile de distinguer entre les parties : *Uter venditor, uter emptor.*

Dans le fait, chaque partie réunit sur sa tête la double qualité d'acheteur et de vendeur. Il était donc logique de refuser à l'un et à l'autre ce que la loi dans la vente prohibe à l'acheteur. Les motifs sont les mêmes dans l'un et dans l'autre cas. La convenance, l'avantage de l'échange pour une des parties a pu être tel qu'elle aura volontairement fermé les yeux sur l'exagération évidente des prétentions et du prix qu'elle a sciemment accepté.

Il ne saurait alors exister aucun préjudice, aucune lésion : *Volenti non fit injuria.*

990. — Mais il est évident que si la valeur réelle de l'objet échangé a été dissimulée à l'aide de manœuvres caractérisant le dol ou la fraude, il y aura lieu à recours, même pour lésion, en vertu du principe que nous avons si souvent déjà rappelé : que le dol et la fraude font exception à toutes les règles. C'est ce que la cour de Colmar a consacré dans une espèce où l'échange déguisait une opération usuraire [1]. L'article 1706 reçoit donc une exception lorsque l'inégalité de la valeur a été le résultat d'un déguisement frauduleux.

991. — Une autre exception doit être admise lorsque la forme de l'échange n'a été empruntée que pour déguiser une vente faite à vil prix et pour priver le vendeur d'exciper de la lésion qui lui est imposée. Le caractère juridique de cette exception ne saurait être méconnu. Toute la difficulté gît dans son application.

Et d'abord, la simulation étant le fait des deux parties, la preuve testimoniale que l'une d'elles demanderait à produire ne serait pas reçue. On sait que la jurisprudence s'est prononcée pour la règle *nemo auditur turpitudinem suam allegans.* Il faut donc une preuve écrite résultant soit de documents justifiant la fraude, soit de l'acte même ; celle-ci, on le comprend, sera dans tous les cas la plus décisive.

992. — Mais à quel caractère reconnaîtra-t-on qu'il y a vente et non échange? A l'existence de la soulte? Mais cette soulte peut n'être que la conséquence légitime de l'échange, que son exécution naturelle. Les choses échangées ne sont pas toujours d'une valeur égale, et le payement d'une soulte n'est, dans ce cas, que la voie unique d'atteindre à cette égalité qui est l'essence du contrat. Loin donc de dénaturer l'échange, la soulte le constitue souvent. Son existence ne pourrait, par elle seule, prouver la simulation.

993. — Cependant la soulte établit jusqu'à concurrence le contrat de vente. Partant de ce principe, voici les distinctions à l'aide desquelles nos anciens jurisconsultes essayaient de résoudre la difficulté que nous examinons.

Lorsque la soulte excède la valeur de la chose donnée en échange, dans l'hypothèse, par exemple, de la dation d'une chose de 5,000 francs pour une de 20,000 francs, il y aura vente. Le payement d'une partie du prix en nature ne saurait assigner à l'acte le caractère d'un échange.

Lorsque la soulte est égale à la valeur de la chose. Exemple, on échange une chose de 10,000 francs contre une de 5,000 francs, on doit se prononcer pour le contrat le plus noble, c'est-à-dire pour la vente : *Venditio dignior est quæ in dubio præferenda.*

Lorsque la soulte est inférieure à la valeur de la chose. Exemple, l'échange d'une chose de 20,000 fr. contre une de 15,000 fr., on se prononcera pour l'échange, la soulte n'étant ici qu'un accessoire naturel et légitime [2].

Ces distinctions, admises par Troplong [3], paraissent fournir une base d'appréciation raisonnable. Nous ne pensons pas, cependant, qu'elles soient tellement absolues qu'on ne puisse s'en écarter. Nous dirons de leur ensemble ce que cet éminent magistrat dit de la seconde, à savoir : que c'est surtout par les circonstances de l'acte et par l'intention des parties que les juges doivent se prononcer.

Sans doute aussi, la dénomination donnée à l'acte doit être prise en considération, mais ne perdons pas de vue que cette dénomination peut n'être que la conséquence de la fraude. L'acheteur qui n'a pas voulu paraître tel pour se soustraire à une action en lésion, veillera à ce que la forme extrinsèque de l'acte soit conforme à ses projets. Nous croyons donc que ce n'est qu'en l'absence de tout reproche de dissimulation que la dénomination de l'acte pourra être utilement consultée. Nous ne dirons donc pas pour la décision du litige ce que Championnière dit pour l'enregistrement, à savoir : que la qualification donnée au contrat est la première, la plus sûre des directions [4].

[1] 25 mars 1825; D. P., 25, 2, 173.

[2] Bruneman, sur la loi 1, D., nos 1, 2, 3, *de rer. perm.*

[3] Sur l'article 1702.

[4] *Des droits d'enregistrement*, t. I, no 86.

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE DES CHAPITRES

DU TOME PREMIER.

DU DOL.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES. . . . . Page 1
CHAPITRE I. — Définition du dol. 4
Section I. — Caractères du dol. 5
Section II. — Des diverses espèces de dol. . 9
§ 1. — Dol substantiel ou accidentel. . . 11
§ 2. — Dol direct ou indirect. 15
§ 3. — Dol positif ou négatif. 18
§ 4. — Dol postérieur au contrat. 21
CHAPITRE II. — De la preuve du dol. 22
Section I. — Du dol présumé. 23
Section II. — Dol non présumé, modes de preuve 59
CHAPITRE III. — Des effets du dol. 70
Section I. — Dol dans les traités, ses effets. 71
§ 1. — De l'action en nullité ou rescision. 72
§ 2. — De l'action en dommages-intérêts. 81
Section II. — Dol dans le mariage. 94
Section III. — Dol dans les libéralités. . . . 110
Section IV. — Dol dans les jugements. . . . 130
§ 1. — De la requête civile. 131
§ 2. — De la prise à partie. 142
Section V. — Dol imputable aux officiers ministériels. . . . . Page 150
CHAPITRE IV. — Des fins de non-recevoir contre l'action. 159
Section I. — De la chose jugée. 160
Section II. — De la ratification. 176
Section III. — De la prescription. 189

DE LA FRAUDE.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES. 199
CHAPITRE I. — De la fraude. 200
Section I. — Fraude présumée. 200
Section II. — Preuve de la fraude. 224
CHAPITRE II. — Fraudes contre la partie. . . 236
Section I. — Fraudes dans les mariages. . . 237
§ 1. — Fraudes dans les stipulations matrimoniales. 237
§ 2. — Fraudes pendant le mariage. . . . 243
§ 3. — Fraudes à la dissolution du mariage. 271
Section II. — Fraudes dans les partages. . . 274
Section III. — Fraudes dans la vente et l'échange. 283

FIN DE LA TABLE DU TOME PREMIER.

EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS.

D. A. v° *Succession.*	Dalloz aîné, *Alphabétique*, au mot *Succession.*
D. Dict. général.	Dalloz (Armand), *Dictionnaire général de Jurisprudence.*
D. P., 25, 1, 31.	Dalloz, *Périodique*, année 1825, première partie, page 31.
S. 25, 1, 50.	Sirey, année 1825, première partie, page 50.
J. D. P., I, 41, p. 37.	*Journal du Palais*, t. Ier, de 1841, page 37.
J. D. P. Rép.	*Répertoire du Journal du Palais.*

Nota. Tous les arrêts qui ne sont indiqués que par leur date, sont puisés dans la dernière édition du *Journal du Palais.*

Pour qu'on trouve promptement, dans cette édition, les passages qui pourront être cités par les auteurs français, qui renverront naturellement à l'édition française, on a indiqué en tête de chacune des pages le tome et la page de l'édition de Paris. Cette indication, par exemple [P., t. Ier, p. 4-6], signifie : Paris, tome Ier, pages 4 à 6.

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

TOME SECOND.

Imprimerie de J. Stienon.

TRAITÉ

DU DOL

ET

DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

PAR

J. Bédarride,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX, ANCIEN BATONNIER.

TOME SECOND.

BRUXELLES.

MÉLINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIVOURNE. MÊME MAISON. | LEIPZIG. J. P. MELINE.

1854

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

DEUXIÈME PARTIE.

(SUITE.)

DE LA FRAUDE.

(SUITE.)

CHAPITRE II.

FRAUDES CONTRE LA PARTIE.

(Suite.)

SECTION IV.

FRAUDES DANS LE LOUAGE.

SOMMAIRE.

994. — La fraude peut vicier le louage dans son origine, ou naître dans son exécution.
995. — Le but essentiel du louage est tantôt la jouissance temporaire d'un objet déterminé, tantôt un salaire.
996. — La principale obligation du bailleur est donc de livrer l'un ou l'autre. — Conséquences.
997. — La location de la chose d'autrui est nulle, comme le serait la vente ou l'échange.
998. — La menace d'éviction produit-elle un effet également identique?
999. — Droit du preneur de la chose d'autrui, s'il a consenti des anticipations sur les loyers.
1000. — Dangers auxquels s'expose le communiste qui loue seul la chose commune.
1001. — L'usufruitier, le mari ou le tuteur qui donnent à bail les biens dont ils ont la jouissance ou l'administration commettent une fraude s'ils cèlent leur qualité.
1002. — Conséquences, suivant que le bail est consenti pour moins ou pour plus de neuf ans.
1003. — Fraude évidente du bailleur qui loue deux fois la même chose ou qui, après avoir loué, vend sans faire de l'entretien du bail une condition de la vente. — Effet dans le premier cas.
1004. — Effet dans le second.
1005. — Obligations qui naissent du devoir d'assurer la jouissance au preneur.
1006. — Obligation imposée par l'article 1720 de délivrer la chose en bon état de réparations.
1007. — Effet de la dissimulation frauduleuse du mauvais état de réparations.
1008. — La visite préalable des lieux ne serait pas un obstacle à la rescision.
1009. — A défaut de délivrance, le bail peut être résilié, mais cette résiliation ne peut jamais être demandée par le bailleur.
1010. — Elle ne pourrait être prononcée malgré le preneur.
1011. — A la charge de qui sont les réparations d'entretien?
1012. — *Quid* de celles pour conserver à la chose la destination qui lui a été affectée?
1013. — Durée fixée pour les réparations.
1014. — Le propriétaire est responsable des vices cachés de la chose louée.

668217

1015. — Effets de cette responsabilité : 1° Résiliation du bail.
1016. — 2° Dommages-intérêts en faveur du locataire, si le locateur connaissait le vice.
1017. — 3° Réparation dans tous les cas de la perte matériellement éprouvée.
1018. — Dissentiment avec Troplong sur les obligations du locateur ayant ignoré le vice.
1019. — Réfutation de sa doctrine.
1020. — Étendue de la jouissance conférée au preneur.
1021. — Le preneur a le droit de sous-louer, à moins d'interdiction contraire.
1022. — *Quid*, en cas de prohibition, du bail consenti en fraude du contrat ?
1023. — Droit du sous-locataire évincé, selon qu'il a ignoré ou connu la clause prohibitive.
1024. — Mais le preneur peut toujours se faire représenter par des personnes de confiance et à ses gages.
1025. — La clause prohibitive de sous-location n'est pas violée, lorsque la sous-location n'est que l'accessoire d'une obligation légitimement contractée, la vente du fonds du commerce, par exemple.
1026. — Opinion contraire de Duvergier.
1027. — Réfutation.
1028. — Obligation du preneur de conserver les lieux dans l'état où ils se trouvaient au moment de la délivrance. — Son étendue.
1029. — Impossibilité d'en changer la destination.
1030. — Le locataire d'un établissement industriel doit l'exploiter jusqu'à la fin du bail.
1031. — Faut-il, pour que la plainte en changement de destination soit recevable, que l'interdiction soit expressément contenue dans le bail ?
1032. — La profession du locataire doit être prise en considération pour juger les intentions des parties.
1033. — La dissimulation de cette profession pourrait faire résilier le bail.
1034. — Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière constitue-t-il un changement de destination capable de faire résilier le bail ?
1035. — La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux baux des biens ruraux.
1036. — L'obligation, pour le preneur d'un bien rural, d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire ordinaire.
1037. — Devoir que le premier a de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété. — Conséquence quant aux usurpations qui pourraient être commises.
1038. — Délai dans lequel l'avertissement doit être donné. — Ses formes.
1039. — Peine attachée au défaut d'avertissement.
1040. — Cas dans lesquels la fraude du fermier revêt les caractères d'un délit.
1041. — Effets de l'enlèvement ou de l'absence des capitaux morts ou vivants.
1042. — Fondement de l'action en résiliation.
1043. — Fondement de celle en restitution et en dommages-intérêts.
1044. — L'expiration du bail amène le règlement des malfaçons reprochables au fermier.
1045. — Faculté pour le juge de décerner la contrainte par corps pour garantie de la restitution des capitaux.
1046. — Obligation pour le preneur de payer le prix. — Conséquences.
1047. — Obligation de garnir de meubles les lieux loués.
1048. — Étendue de cette obligation pour le preneur d'un bien rural.
1049. — Principes régissant le louage d'œuvres et d'industrie.
1050. — L'action *ex conducto* n'est pas admise dans cette matière.
1051. — Le locateur répond des vices de construction et des matériaux qu'il fournit.
1052. — Difficultés que l'action du conducteur rencontrera si elle est exercée après la réception et le payement.
1053. — Caractères et effets de la réception.
1054. — Distinction entre les vices apparents et les vices cachés.
1055. — *Quid* si le locateur n'a fourni que la façon ?
1056. — La réception reste sans effet à l'égard des personnes que le Code civil déclare responsables pendant dix ans.

994. — Le contrat de louage peut être entaché de fraude soit dans son origine, soit dans l'exécution qui lui est donnée. L'effet est le même dans l'un et l'autre cas, c'est-à-dire que le contrat est résilié suivant la gravité du préjudice occasionné, et que des dommages-intérêts peuvent être prononcés contre son auteur.

La fraude sera imputable soit au bailleur, soit au preneur, selon qu'il s'agira de la violation d'un devoir imposé à l'un ou à l'autre. Voyons donc les obligations qu'ils doivent réciproquement remplir. Nous indiquerons les conséquences de leur violation.

995. — Le but essentiel du louage est, de la part du preneur, de se procurer la jouissance temporaire d'un objet certain et déterminé. Dans le louage d'ouvrages, c'est tantôt l'industrie d'un individu qui est mise à contribution moyennant un salaire convenu, tantôt un ouvrage qui doit être confectionné et livré par un entrepreneur ou ouvrier. Nous allons nous occuper d'abord du louage des choses.

996. — Le but de ce contrat, tel que nous venons de le déterminer, indique que la principale et la première obligation du bailleur est de faire jouir le preneur des objets faisant la matière de la location. Tout ce qui est de nature à empêcher ou à troubler cette jouissance est une fraude dont il est dû réparation.

De là il suit :

1° Que la location de la chose d'autrui est de nature à empêcher le bail de sortir à effet ;

2° Que le propriétaire qui loue successivement la même chose à diverses personnes,

Ou qui, après avoir loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend la chose louée sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente,

Commet tout autant de fraudes engageant sa responsabilité et ouvrant contre lui l'action du preneur.

997. — On ne peut pas plus louer la chose d'autrui que la vendre ou l'échanger. Le bail à loyer n'est pas autre chose que le transfert pour un temps plus ou moins loin d'un des attributs de la propriété, la jouissance. Ceci suppose donc, chez le bailleur, la qualité de propriétaire. Si cette qualité ne lui appartient pas, comment pourra-t-il assurer aux preneurs la jouissance pour laquelle ils ont traité ?

La nullité prononcée contre la vente ou l'échange de la chose d'autrui doit donc être appliquée au louage. Le preneur, évincé ou menacé de l'être par le véritable propriétaire, aura donc le droit de demander la résiliation du contrat et la réparation pécuniaire du préjudice résultant de cette résiliation.

998. — Faut-il donner à la menace d'éviction les mêmes effets que ceux qu'elle entraîne dans la vente ou l'échange? La découverte que la chose louée n'appartient pas au bailleur ouvrira-t-elle immédiatement l'action du preneur? Non; à notre avis, l'action du preneur serait irrecevable tant que le trouble à sa jouissance ne serait pas réalisé.

Cette solution est contraire à celle que nous avons indiquée dans le cas de vente ou d'échange. Mais cette contradiction s'explique naturellement par la nature des choses et par la différence majeure existant dans l'intérêt engagé dans ces diverses hypothèses.

Le vendeur et l'échangiste, ayant le premier payé le prix, le second livré la chose, ont le plus grand intérêt à agir le plus promptement possible. Les soumettre à attendre que le véritable propriétaire rompît le silence, c'était, dans bien des cas, les condamner à perdre, par l'insolvabilité de la partie contractante, le recours que l'action du propriétaire leur ouvre.

D'ailleurs, le résultat du vice, entachant la vente ou l'échange, étant d'enlever à l'échangiste ou à l'acquéreur la chose reçue, la connaissance de ce vice les met, l'un et l'autre, dans une position singulière. Oseront-ils se livrer à des dépenses dont un tiers profitera? Pourront-ils, suivant que la nécessité de leurs affaires l'exigerait, aliéner ou disposer d'une chose qu'ils savent ne pas leur appartenir et s'exposer ainsi aux dommages-intérêts qu'une résiliation imminente leur permet d'entrevoir, et qui seront d'autant plus élevés, qu'ils auraient sciemment disposé de la chose d'autrui? Donc, le possesseur de la chose d'autrui par vente ou échange n'a qu'une propriété flottante, incertaine, indisponible, ce qu'il convient de faire cesser au plus tôt.

Le louage n'offre aucun de ces inconvénients. Dans ce contrat, ce qui est de l'essence de la convention est moins le droit en lui-même que la jouissance matérielle des lieux. Si donc ce fait se réalise sans trouble aucun, le preneur a tout ce qu'il peut raisonnablement exiger. Il suffit de lui réserver le droit de se plaindre dès que le trouble viendra à s'effectuer.

Le bail, étant d'ailleurs temporaire, peut parfaitement s'accomplir sans que le véritable propriétaire réclame. Que ce silence soit spontané, qu'il ne soit que le résultat d'un accord avec le locateur, peu importe, celui-ci a rempli ses engagements en faisant jouir le preneur, qui n'a, dès lors, aucune raison plausible pour demander à être exonéré.

De plus, le prix du bail n'est payable qu'à des termes ordinairement rapprochés. Ce prix n'étant que la représentation de la jouissance, le payement en serait suspendu par le trouble apporté à celle-ci. Quant aux loyers précédemment payés, le véritable propriétaire n'aurait pas le droit de les exiger une seconde fois, le payement fait de bonne foi au propriétaire apparent ayant complétement et légalement libéré le locataire.

Dès lors, ce dernier ne court aucun risque sérieux. Il ne peut donc se plaindre de ce qu'on ajourne la recevabilité de sa demande jusqu'à la réalisation du trouble.

999. — Cependant, si le preneur avait en entrant payé par anticipation tout ou partie des loyers que le bail doit rendre exigibles, la connaissance que la chose louée n'appartient pas au bailleur lui conférerait le droit d'exiger de lui soit le remboursement de tout ce qui ne serait pas actuellement échu, soit un cautionnement pour un remboursement futur. De plus, et pour éviter toute contestation ultérieure sur les payements de loyer postérieurs à la connaissance du vice, il conviendrait au preneur de ne faire ces payements qu'après avoir mis le véritable propriétaire en demeure de faire valoir ses droits.

1000. — Le communiste, louant en son nom seul la chose indivise, excède les droits lui appartenant et s'expose à un double danger.

1° A une poursuite en résiliation de la part de ses copropriétaires. Remarquons, toutefois, que, juste en principe, cette prétention pourrait être repoussée dans l'application, si le bail stipulait un prix sincère et légitime, si le bailleur résidait sur la localité, tandis que ses coïntéressés habitent des lieux plus ou moins éloignés, et si des baux antérieurs, consentis de la même manière, n'avaient pas été attaqués. Tout cela

indiquerait que le bailleur, agissant ne fût-ce que comme le *negotiorum gestor* de ses coïntéressés, n'a fait qu'un acte de sage administration auquel il était au moins tacitement autorisé. La demande en résiliation pourrait, dès lors, être écartée.

Mais il en serait autrement si le bailleur avait dissimulé le véritable prix du bail ou s'il avait stipulé secrètement tout autre avantage exclusivement personnel. La fraude, évidente dans cette hypothèse, entraînerait non-seulement la résiliation du bail, mais encore l'allocation de dommages-intérêts pouvant excéder, mais non rester en dessous des avantages indûment perçus. Comme dans tous les cas de fraude, la preuve incomberait aux demandeurs.

2° A la demande en résiliation de la part du preneur. La poursuite et les effets de cette demande seraient déterminés par les règles que nous venons de tracer pour le louage de la chose d'autrui.

1001. — Les articles 595, 1429 et 1718 du Code civil donnent à l'usufruitier, au mari, au tuteur, la faculté de louer les biens dont ils ont la jouissance ou l'administration. Quelle que soit la durée des baux qu'ils ont consentis en cette qualité, le preneur n'a aucun droit à exercer, pas même celui de se faire cautionner les anticipations qu'il aurait consenties.

La dissimulation de la qualité constitue une véritable fraude. Mais, comme elle n'est pas dans tous les cas nécessairement préjudiciable, il y a lieu d'établir la distinction suivante :

1002. — Si le bail n'a qu'une durée de neuf ans ou au-dessous, le locataire n'a aucun motif de se plaindre; ce qu'il a voulu, c'est la jouissance des objets loués pendant toute la durée de son bail. Or, cette jouissance lui est assurée, puisque le bail n'excède pas le droit conféré par la loi à celui qui l'a consenti. Donc, le nu propriétaire, la femme ou l'ancien mineur sera obligé de l'exécuter pour toute sa durée, à moins qu'il ne prouve que le bail est frauduleux et lésif.

Mais on ne peut admettre l'existence d'un bail frauduleux et lésif sans admettre, en même temps, la complicité du preneur. Ce n'est pas, en effet, en faveur de celui-ci que le bailleur méconnaîtra les devoirs que sa qualité lui impose. Conséquemment, le preneur, ayant participé à la fraude et déterminé, par son fait, la cause de la nullité du bail, ne saurait être ni recevable, ni fondé à se plaindre de cette nullité.

Toutefois, si le preneur a fait des anticipations sur les loyers à venir, l'ignorance de la qualité du bailleur lui donnera le droit d'exiger soit le remboursement de ses avances, soit un cautionnement.

Si le bail est consenti pour une période de plus de neuf ans ou renouvelé contrairement à l'article 1430 du Code civil, la dissimulation de la qualité du bailleur pourrait être pour le preneur un motif de demander la résiliation du contrat. Il peut se faire, en effet, que la durée du terme stipulé ait été la cause déterminante, sans laquelle le preneur n'aurait pas consenti à accepter cette qualité; que cette même durée ait été stipulée en compensation de l'état des biens loués, des dépenses et frais à exposer pendant les premières années. Or, cette espérance peut ne pas se réaliser, car l'exécution complète de l'acte tient à une éventualité dont le preneur peut ne pas vouloir courir les chances et dont on lui a frauduleusement dissimulé l'existence.

1003. — La fraude du propriétaire qui loue successivement la même chose à deux personnes, ou qui, ayant loué verbalement ou par acte sans date certaine, vend sans faire de l'entretien du bail une des conditions de la vente, n'est pas douteuse. Dans la première hypothèse, l'un des preneurs se verra dans l'impossibilité de jouir de la chose. Il est évident qu'on ne saurait lui refuser la résiliation du bail et l'allocation de dommages-intérêts. Le juge serait d'autant plus sévère, que cette allocation aurait pour cause la mauvaise foi la plus évidente.

Dans la seconde hypothèse, la fraude n'existerait et ne serait préjudiciable que si, au moment de la vente, le bail avait encore plusieurs années à courir. Il est évident que, s'il s'agissait d'un bail annuel dont l'exécution a précédé la vente, l'acquéreur ne pourrait évincer le fermier actuel qu'à la fin de l'année et conformément aux usages de la localité.

1004. — Si la vente est réalisée avant l'entrée en jouissance du preneur, le silence gardé par le vendeur sur l'existence du bail dispenserait l'acheteur de l'obligation de l'exécuter. Le refus de celui-ci anéantirait le bail, mais laisserait à la charge de l'ancien propriétaire les dommages-intérêts que la résiliation forcée du contrat ferait naître. Il en serait de même si l'acquéreur congédiait le fermier dont le bail devait se prolonger au delà de l'année. Vainement le bailleur exciperait-il de sa bonne foi. Il dépendait de lui de rendre le bail obligatoire dans l'un et l'autre cas, en en faisant un devoir pour l'acquéreur. Le silence gardé envers celui-ci ne peut être que volontaire. Il est donc exclusif de toute bonne foi.

1005. — L'obligation d'assurer au preneur la jouissance de la chose louée entraîne, comme conséquence, celle de délivrer la chose au temps convenu ; celle de l'entretenir de manière que la jouissance en soit possible ; celle, enfin, de garantir les vices qui la rendraient impropre à sa destination.

La délivrance est en matière de louage ce qu'elle est dans la vente sous une destination différente. Conséquemment nous nous en référons aux règles que nous avons exposées pour celle-ci.

1006. — L'article 1720, spécial pour le louage, fait une obligation au bailleur de délivrer la chose en bon état de réparations de *toute espèce,* ce qui comprend les réparations locatives demeurant, après la livraison et pendant la durée du bail, à la charge du preneur. Il est évident, en effet, qu'on ne pouvait imposer à celui-ci des réparations dont la cause lui est étrangère, dès que leur nécessité a préexisté à la jouissance de la chose.

1007. — De là il résulte que si le mauvais état d'entretien a été dissimulé à l'aide de quelques réparations superficielles destinées à masquer plutôt qu'à améliorer l'état des lieux, le preneur pourrait contraindre à l'exécution franche et entière des prescriptions de l'article 1720 et, à défaut, obtenir la résiliation du bail.

Cette résiliation s'explique par l'intérêt du preneur. Les réparations locatives non réalisées au moment de l'entrée en jouissance seraient plus tard à sa charge. D'ailleurs, plus la chose est en état, et moins il y aura d'occasions de la réparer. Donc, sous ce double rapport, l'intérêt du preneur est évident.

1008. — Vainement le bailleur, pour se soustraire à l'article 1720, prétendrait-il que la chose ayant été visitée avant de traiter, le preneur a accepté l'état des choses dont il se plaint ; qu'il a eu, d'ailleurs, lui-même tort de la louer telle qu'elle se trouve. On lui répondrait, avec raison, que la fraude ne pouvait se prévoir ; que la chose paraissait en bon état d'entretien au moment de la visite et que cette apparence devait suffire ; que le preneur avait d'autant moins le devoir de l'approfondir, que l'article 1720 la lui garantissait en quelque sorte ; qu'ainsi, loin de renoncer au bénéfice de cet article, il se l'est d'autant plus réservé, qu'il n'a traité que parce qu'il l'a cru acquis.

Ainsi, aucune fin de non-recevoir ne saurait résulter de la visite de la chose louée. La demande du preneur, en exécution de l'article 1720, devrait être accueillie si elle était fondée, à plus forte raison le serait-elle si les réparations dolosives étaient postérieures à la visite.

En cas d'inexécution, le bail pourrait être résilié, mais il peut se faire que cette résiliation n'entre pas dans les convenances du preneur. Ce cas se réalisant, celui-ci se fera autoriser à faire lui-même les réparations, dont la nécessité sera constatée, aux frais du bailleur, le remboursement de la dépense pourra être immédiatement exigible ou être compensé avec les loyers à échoir, au gré du preneur.

1009. — Le défaut de délivrance de la chose louée peut entraîner la résiliation du bail ; cette possibilité ne saurait être invoquée par le bailleur. Manquant à un devoir essentiel, celui-ci ne pourrait se soustraire à la résiliation que le preneur demanderait.

1010. — Mais ce dernier ne saurait jamais être contraint à subir malgré lui la résiliation. La demander est pour lui une faculté et non une obligation ; s'il croit la délivrance de la chose possible, si elle convient mieux à ses intérêts, il a le droit de forcer le bailleur à la réaliser, et, le jugement obtenu, il peut se faire mettre en possession *etiam manu militari.* Telle est la nature de l'action qui lui est ouverte et que le droit romain qualifiait d'*actio conducti,* ou *ex conducto,* et dont les effets se sont continués sous l'empire du droit qui nous régit [1].

1011. — La délivrance opérée et le preneur entré en jouissance, toutes les réparations locatives restent à sa charge. Ces réparations sont présumées la conséquence de la jouissance et nécessitées par sa faute ou par celle de sa famille [2].

1012. — Mais il n'en est pas de même des réparations nécessaires pour conserver à la chose la destination qui lui a été affectée. Le propriétaire, retirant les fruits civils de la chose, est naturellement tenu de maintenir celle-ci en état d'être jouie par le preneur. Tout ce qui porte atteinte à cette jouissance, tout ce qui s'oppose à ce qu'elle s'exerce librement et d'une manière complète, est une violation de l'obligation imposée au bailleur. Il appartient donc uniquement à celui-ci d'y remédier, et cela pendant toute la durée du bail.

Le propriétaire est donc tenu de faire cesser le trouble, dès qu'il est mis en demeure de le

[1] *Vid.* Troplong, nos 171, 172, 175 et suiv.

[2] Pothier, no 107.

faire. Il est responsable du refus ou du retard qu'il mettrait à faire cesser un état de choses préjudiciable au preneur, qui pourrait dès lors le faire condamner non-seulement à faire les réparations, mais encore à des dommages-intérêts pour le préjudice éprouvé depuis la mise en demeure.

1013. — Dans sa sollicitude pour les droits de chacun, le législateur a cru devoir régler le mode et la durée des réparations. S'il était raisonnable que le preneur dût souffrir la privation de jouissance résultant de la nécessité d'une réparation plus ou moins importante, il ne fallait pas que le bailleur pût, au gré de ses caprices, prolonger la durée des travaux et aggraver par sa négligence la position du bailleur. De là la disposition de l'article 1724 réglant souverainement les droits et les devoirs de chacun.

1014. — L'existence d'un vice caché, rendant la chose impropre à sa destination, engage la responsabilité du bailleur tenu à la garantie. Il résulte des termes de l'article 1721 que cette garantie ne s'entend que des vices empêchant la jouissance. Conséquemment, si le preneur n'excipait que d'une incommodité, l'article 1721 serait inapplicable, il ne pourrait en invoquer le bénéfice.

1015. — Les effets de la garantie édictée contre le bailleur sont :

En première ligne, la résiliation du bail ; l'ignorance absolue et complète de l'existence du vice ne saurait, aux termes de l'article 1721, empêcher ce résultat. Il est évident, en effet, que dès que la chose ne peut, par une cause quelconque, recevoir la destination que le preneur lui affectait au vu et su du bailleur, le bail doit cesser d'exister, on ne saurait équitablement exiger le prix d'une jouissance ne pouvant se réaliser.

1016. — En deuxième ligne, l'allocation de dommages-intérêts en faveur du locataire, si le locateur a connu avant le bail le vice dont la chose était affectée. La dissimulation du bailleur est plus qu'une fraude, elle constitue un dol véritable. L'appréciation de la réparation due au preneur se ferait donc sur les bases édictées par l'article 1151 du Code civil.

1017. — En troisième ligne, et dans tous les cas, la réparation de la perte matériellement éprouvée par le preneur.

Cette solution, que le sens littéral des termes de l'article 1721 renferme évidemment, nous paraît dictée par la plus saine équité. En effet, si le propriétaire et le locataire se sont trompés et qu'ils aient l'un et l'autre ignoré le vice de la chose, il ne faut punir ni l'un ni l'autre ; mais si ce vice a occasionné un préjudice, comment condamnera-t-on le preneur à le subir ? Où est la faute qu'il a commise ? Devait-il connaître ce que le propriétaire ignorait ? Mais cette faute n'est-elle pas celle de ce propriétaire ? N'est-elle même pas plus grave chez lui que chez le preneur, puisqu'en sa qualité il avait bien d'autres moyens que celui-ci de connaître la vérité ?

En l'état donc, mettre à la charge de ce propriétaire la perte que le vice de la chose a déterminée, c'est faire à chacun la part qui lui est due ; rappelons-nous cet adage de notre ancien droit : *Il n'y a pas à hésiter entre celui qui s'est trompé, et celui qui souffre.* Or, évidemment celui qui s'est trompé dans l'espèce, c'est le propriétaire ; celui qui souffre, c'est le locataire.

1018. — Telle n'est pas cependant la solution à tirer de l'article 1721, d'après Troplong. Cet éminent jurisconsulte pense que le bailleur ignorant du vice ne doit supporter ni dommages-intérêts, ni pertes quelconques ; il enseigne que la perte doit rester pour compte du preneur.

Troplong invoque d'abord le principe développé par Ulpien, dans la loi 19, § 1, Dig., *de locat. conduct.* Se fondant ensuite sur l'affinité incontestable entre la vente et le louage, il fait application à celui-ci de l'article 1646, et il conclut que le bailleur ayant ignoré le vice n'est tenu de restituer que ce qu'il a reçu et à supporter les frais de louage.

1019. — Quelque profond que soit notre respect pour le savant auteur dont nous rappelons l'opinion, quelque considérable que soit son autorité, nous devons le dire, les motifs sur lesquels il fonde sa doctrine ne nous ont pas convaincu, sa doctrine elle-même nous a paru méconnaître l'esprit et la lettre de l'article 1721.

Nous repoussons le recours au droit romain par un double motif : d'abord parce que la décision d'Ulpien ne nous paraît pas aussi décisive que le soutient Troplong ; ensuite, parce qu'en la supposant telle, elle devrait rester aujourd'hui sans autorité, le Code civil ayant adopté une doctrine contraire.

Nous nous bornerons, sur le premier point, à faire remarquer qu'Ulpien refuse d'une part les dommages-intérêts, et de l'autre, le droit d'exiger les loyers : *Aliter atque si saltum pascuum locasti,* IN QUO HERBA MALA *nascebatur. Hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest prestabitur* SI SCISTI, *si* IGNORASTI *pensionem non petes.*

Ainsi, pas de doute, le preneur ne pourra exiger des dommages-intérêts, ni le bailleur exiger le prix de la location. Cela exclut-il nécessairement la faculté pour le premier d'exiger le remboursement de la perte qu'il a essuyée?

On pourrait admettre le contraire. En droit romain, les dommages-intérêts s'entendaient d'un double élément : la perte éprouvée, le gain dont on était privé, *damnum emergens, lucrum cessans*. Proscrire l'ensemble, ce n'est pas exclure nécessairement le droit d'exiger séparément l'un de ces deux éléments. Conséquemment être placé dans l'impossibilité d'exiger des dommages-intérêts n'entraîne pas l'interdiction de poursuivre la réparation de la perte.

Nous le croyons avec d'autant plus de fondement que, pour décider le contraire, il faut admettre que le preneur a fait faute, et c'est ce que lui reproche Troplong. Le preneur, dit-il, a à s'imputer d'avoir ignoré la nature de la chose qu'il loue. Mais un pareil reproche peut-il être fondé lorsqu'il s'agit d'un vice tellement caché, que ce n'est que par la jouissance elle-même qu'il doit se déceler; que le propriétaire a pu l'ignorer, lui qui possède la chose depuis longues années peut-être! lui qui doit aussi connaître la chose dont il dispose, car si le preneur doit savoir quelle est la chose qu'il reçoit, il est juste que le bailleur sache quelle est la chose qu'il donne; si l'erreur est concevable chez l'un, elle est concevable chez l'autre; il faut donc les placer l'un et l'autre dans la position qu'ils avaient avant le bail, et dès lors obliger le propriétaire à indemniser de la perte, tout en imposant au locataire la privation du bénéfice qu'il eût pu réaliser.

Quoi qu'il en soit, en droit romain, de la justesse de cette doctrine, tout doute disparaît sous l'empire du Code, en présence de l'article 1721 : « Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, *quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.* » Voilà le principe nettement et formellement posé. Remarquons tout de suite combien il s'éloigne de celui formulé par Ulpien : *Si ignorasti, mercedem non petes.* Il serait singulier qu'à travers une opposition si tranchée dans les textes, les deux législations dussent arriver au même résultat.

Donc le bailleur doit garantie, même lorsqu'il a ignoré les vices ou défauts de la chose; quels seront les effets de cette garantie? L'article 1721 nous l'enseigne immédiatement : s'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser. Or, cette disposition n'est évidemment édictée que dans l'hypothèse de l'ignorance du bailleur, car, s'il avait connu le vice, ce n'est pas l'indemnité de la perte qu'il devrait. La dissimulation dont il aurait usé, constituant un dol, l'obligerait à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à supporter la perte dans les proportions de l'article 1151 et à tenir compte, sur les mêmes bases, du gain dont le preneur aurait été privé.

Troplong reconnaît lui-même l'évidence du sens littéral de l'article 1721, mais il soutient que l'aperçu qui en dérive est trompeur. Pourquoi? Parce qu'il existe une grande affinité de principes entre le louage et la vente. Or, pour celle-ci, l'article 1646 borne l'obligation du vendeur au remboursement du prix et des frais de la vente. Pourquoi en serait-il autrement pour le louage, alors que le droit romain est précis à cet égard?

Nous sommes loin de méconnaître l'affinité réelle existant entre le louage et la vente. Mais toute la conclusion que nous en tirons, c'est que, dans le silence du Code, c'est par les principes applicables à la vente qu'on doit résoudre les difficultés offertes par le louage. Dès lors, c'est à l'article 1646 que nous demanderions les devoirs à remplir par le bailleur ignorant les vices de la chose, si la législation spéciale au louage ne s'était pas formellement expliquée. Or, l'article 1721 fournit à notre avis cette explication, et il la donne autre que celle de l'article 1646. Dès lors on ne peut, sous prétexte d'affinité, se soustraire à un texte clair, précis et positif.

Pourquoi la loi a-t-elle voulu pour le louage le contraire de ce qu'elle a prescrit pour la vente? Nous n'avons pas à scruter la pensée du législateur, il suffit que sa volonté soit expressément énoncée, pour que tout s'empresse de courber la tête. Qu'on tente de la faire corriger, si on la croit mauvaise, c'est un droit dont l'exercice n'a rien que de très-légitime; quant à nous, nous l'avons déjà dit, la prescription de l'article 1721 nous paraît dictée par les plus saines notions d'une exacte justice. Nous croyons d'ailleurs que l'obligation de l'acheteur, de s'assurer de la qualité et de la nature de ce qu'il achète, est beaucoup plus grave que celle du locataire à l'endroit de la chose qu'il loue; que, d'autre part, le locateur est, bien plus que le vendeur, tenu de connaître la chose qui fait la matière de la location ou de la vente; c'est ce que Zachariæ exprime en ces termes : La raison en est que celui qui loue une chose pour un usage convenu doit savoir si elle y est propre et garantir non-seule-

ment cet usage, mais encore les conséquences qui peuvent en résulter [1].

Ainsi le bailleur doit garantie des vices ou défauts cachés, quand même il les eût ignorés; cette garantie a pour effet non pas de le soumettre à des dommages-intérêts, mais de l'obliger à indemniser le preneur de la perte que les vices cachés ont entraînée. L'article 1646 est sans application au louage, l'article 1721 ayant édicté pour celui-ci une règle spéciale.

C'est ce que la cour de cassation a formellement décidé le 30 mai 1837 [2]. C'est ce qu'enseignent plusieurs auteurs recommandables [3].

1020. — Le bail confère au preneur le droit de jouir de la chose louée pendant la durée du terme convenu; il en retire par conséquent tous les fruits, tant naturels qu'industriels ou civils. Il est à l'instar du propriétaire lui-même, il peut donc faire, à raison de cette jouissance, tout ce qu'il trouve utile ou convenable à ses intérêts.

Toutefois, cette faculté ne s'applique qu'à l'usage commun, qu'à la jouissance accoutumée des produits ordinaires de la chose. Tout ce qui sort de cette catégorie, tout ce qui ne peut être recueilli sans porter atteinte à la substance de la chose demeure personnel au propriétaire, qui seul a le droit d'en disposer. Ainsi les mines et carrières existant sur la propriété, ouvertes ou non au moment du bail, ne pourraient être exploitées par le preneur que si la convention lui en conférait expressément la faculté. L'exploitation, en l'absence d'une clause d'autorisation, serait un abus et une fraude que le propriétaire aurait le droit d'interdire pour l'avenir, avec dommages-intérêts pour le passé.

1021. — Le droit de louer est un des attributs de la jouissance. Il passe conséquemment au preneur pouvant toujours sous-louer, à moins que le contrat le lui interdise.

Ce principe, consacré par l'article 1717 du Code civil, a été méconnu par un arrêt de la Cour de Paris, du 28 juillet 1825, jugeant que la concession du droit d'exploiter une mine de plâtre ne peut, dans le silence du contrat sur le droit de sous-louer, être valablement transmise à un tiers par le concessionnaire [4]. Les motifs de cet arrêt se fondent sur les lois spéciales aux carrières et mines, sur la responsabilité qu'elles font peser sur le propriétaire. De là on conclut que celui-ci, en concédant la faculté d'exploiter, ne l'a fait qu'en considération de la capacité et de l'aptitude du preneur; qu'en conséquence le bail est personnel et que la cession qui en est faite, constituant l'abandon de l'exploitation, il y a lieu de résilier le contrat.

Cette doctrine ne tend à rien moins qu'à créer une distinction que la loi proscrit. Toute jouissance est dans le cas d'être cédée, surtout lorsqu'elle est purement industrielle, car, dans cette hypothèse, le preneur a pu ne vouloir faire qu'une spéculation en sous-louant plus cher qu'il n'a lui-même loué. D'ailleurs, l'article 1717 est général et absolu, c'est donc le violer que de lui refuser ce caractère. L'objection que le bailleur n'a eu en vue que la capacité et l'aptitude du preneur est détruite par le contrat lui-même, car, si telle avait été la cause déterminante du bail, on en trouverait la preuve dans l'interdiction de sous-louer que la loi permet de stipuler. Le silence des parties sur ce point exclut toute idée de personnalité dans le bail.

Qu'importe, d'ailleurs, la responsabilité que les lois spéciales font peser sur le propriétaire des mines ou carrières? En aliénant l'exploitation en faveur d'un tiers, ce propriétaire a assumé la responsabilité des actes de celui-ci, mais il a contre lui un recours qui lui a paru suffisant. Ce recours n'est nullement affaibli par la sous-location, puisque le preneur primitif reste garant envers le bailleur des faits de celui qu'il s'est substitué. Dès lors il n'y a rien de changé par la sous-location, il n'y a qu'une garantie de plus pour le propriétaire. On ne saurait dès lors punir le preneur qui a usé d'une faculté légale et résilier un bail qui n'a pas cessé d'exister tel qu'il a été consenti.

Que si le mode de jouissance adopté par le sous-preneur est abusif et nuisible pour le propriétaire, celui-ci a le droit soit de faire cesser les abus, soit de poursuivre la résiliation. Vainement le preneur primitif prétendrait-il que les actes dont on se plaint ne sont pas de son fait; on lui répondrait victorieusement qu'il est censé avoir fait lui-même ce que son représentant a accompli, qu'il doit, dès lors, être condamné, sauf son recours contre le sous-locataire.

Ainsi, en principe, la faculté de sous-louer est inhérente au contrat de louage. Mais la loi permet d'y déroger. L'absence d'une clause formelle dans l'acte de bail laisse dans tous les cas au preneur le droit d'user de cette faculté.

1022. — Mais si le bail a prohibé cette faculté, le preneur ne pourra, sous aucun prétexte, se soustraire à la prohibition; il sera tenu

[1] T. III, p. 8.
[2] D. P., 37, 1, 409.
[3] Zachariæ, *loc. cit.*; Delvincourt, t. III, p. 191, notes.
[4] Dalloz, 25, 2, 218.

d'exploiter lui-même la chose louée, la sous-location qu'il en ferait serait considérée comme un abandon illégal et frauduleux de la jouissance, et entraînerait dès lors la résiliation du bail avec dommages-intérêts.

1023. — Le sous-locataire, évincé par l'effet de la résiliation, pourrait-il exiger des dommages-intérêts de la part de son bailleur? A cet égard une distinction nous paraît indispensable : ou le locataire a été trompé, ou il a été imprudent. Dans le premier cas, il lui est dû des dommages-intérêts, qui lui seraient refusés dans le second.

Le sous-locataire a été trompé, lorsque l'existence du bail primitif lui a été dissimulée. Nous n'entendons pas par là qu'il faille que le sous-locateur se soit faussement attribué la qualité de propriétaire; il suffirait que, tout en prenant la qualité de locataire, il eût placé la partie avec laquelle il traite dans l'impossibilité de vérifier la sincérité du droit qu'il exerce; c'est ce qui se réaliserait s'il avait caché l'existence d'un bail écrit, prétendant qu'il était locataire verbal. On comprend dans ce cas qu'aucun reproche fondé ne pourrait être adressé au sous-locataire, un bail verbal est exclusif de toute clause prohibitive d'une sous-location.

Si la sous-location a été faite par écrit, la dissimulation dont nous parlons sera de nature à être prouvée par l'acte même. Il est vrai que la qualité de locataire verbal peut avoir été prise pour éviter des droits éventuels d'enregistrement, mais le sous-locateur a le plus grand intérêt à se soustraire aux conséquences de cette dénomination. Il doit donc rapporter la preuve écrite que le sous-locataire n'a rien ignoré. Cette preuve résulterait de la remise de la convention primitive constatée par un récépissé signé du sous-locataire, ou de tout autre document écrit, émané de celui-ci.

Si la sous-location a été verbalement consentie, celui qui l'a acceptée pourra toujours alléguer et prouver qu'on lui a caché l'existence d'un bail écrit. Cette preuve pourra être fournie oralement, puisqu'il s'agit d'une dissimulation frauduleuse.

Le sous-locataire, qui a connu ou pu connaître la position réelle du sous-locateur, n'a droit à aucune allocation en cas d'éviction. Dans le premier cas, ou il s'est rendu complice de la fraude consommée par celui-ci, ou il a pris sur lui de courir les chances résultant de la prohibition de sous-louer. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il serait non recevable à se plaindre d'une dépossession pouvant être facilement prévue au moment où il a traité.

Il en est de même si, sans avoir formellement connaissance de la prohibition de sous-louer, il a pu facilement la connaître, comme si le sous-bail mentionnait que le bailleur tenait les lieux en vertu d'un bail écrit. Cette énonciation impose au sous-locataire le devoir de se faire représenter le bail pour en connaître les conditions. S'il manque à ce devoir, il se rend coupable de négligence et accepte imprudemment un fait dont il lui a été donné de soupçonner au moins la sincérité.

Imprudence ou négligence, la sous-location reste à ses périls et risques. A toutes ses réclamations, on répondrait qu'il devait s'assurer de la condition de celui avec qui il contractait; qu'en ne le faisant pas, il a commis une faute dont il doit subir les conséquences, quelles qu'elles soient.

La prohibition de sous-louer est absolue et de rigueur, sa violation entraîne et doit faire prononcer la résiliation du bail. Il est évident dès lors que la convention a voulu conférer au preneur une jouissance purement personnelle. La sous-location faisant cesser cette jouissance, étant la violation la plus formelle des accords convenus, il y a lieu de les rétracter.

Il ne dépend donc plus du locataire d'empêcher cette résiliation, même en offrant d'indemniser, par des dommages-intérêts, le préjudice que la sous-location peut occasionner. Si l'on admettait une pareille offre, on violerait l'article 1717, on donnerait à une seule partie le droit de faire au contrat des modifications ne pouvant se réaliser que par l'effet d'un consentement mutuel [1].

1024. — Cependant la nécessité de l'habitation, lorsqu'il s'agit d'une maison ou d'une ferme, n'est pas tellement personnelle, que le preneur ne puisse pas se faire représenter par des personnes de confiance et à ses gages. On possède par son préposé comme par soi-même, et consentir à la prohibition de sous-louer, n'est pas aliéner la faculté de se choisir un représentant [2]. Mais comme la fraude est ici fort voisine du droit, le bailleur a toujours le droit de prouver que la qualité conférée au tiers n'est qu'une ruse à l'effet d'éluder la prohibition.

1025. — La clause prohibitive de sous-location n'est pas violée lorsque cette sous-location n'est que l'accessoire d'une obligation légitime-

[1] Cass., 26 janv. 1812.

[2] Bordeaux, 11 juin 1826.

ment contractée par le preneur. Ainsi, la vente d'un fonds de commerce est bien souvent inséparable, à la cession du bail, des lieux dans lesquels ce commerce est exploité. Dans cette hypothèse, la cession est forcée, car, sans elle, la vente du commerce ne se réaliserait pas. Vouloir l'empêcher serait placer le commerçant dans l'impossibilité de cesser des affaires qui peuvent être fort onéreuses pour lui et le condamner à continuer une profession que ses convenances, son intérêt et sa position lui font un devoir d'abandonner.

Induire de l'acceptation de la prohibition de sous-louer la renonciation à la faculté de vendre, c'est donner à la clause du bail une extension que ne comportent ni la raison, ni la justice. Pourra-t-on jamais supposer, en effet, que dans l'unique but de se soustraire à cette prohibition, le locataire ira vendre son fonds, abandonner son industrie et renoncer ainsi aux occupations de toute sa vie? Concluons donc que la vente d'un fonds de commerce peut autoriser, malgré le bail, la cession de la location sans laquelle la vente serait ou impossible ou extrêmement onéreuse.

1026. — Telle n'est pas cependant l'opinion de Duvergier. Rien, dit ce jurisconsulte, ne doit faire fléchir le principe de l'article 1717, la faculté de céder le bail n'est pas intimement liée à celle de vendre le fonds. Le fût-elle, on n'en devrait pas moins obéir à la défense expresse de céder le bail, fallût-il en induire la prohibition de vendre le fonds [1].

1027. — Quelque rigoureuse que soit la prohibition de l'article 1717, elle ne nous paraît pas autoriser une pareille conséquence. Dans l'esprit du législateur, cette disposition n'a de portée que pour les cas ordinaires et qui se réalisent le plus souvent. Tant que le preneur restera ce qu'il était au moment du bail, et qu'il s'agira de lui substituer un tiers, ce qui lui permettrait d'aller faire ailleurs ce qu'il faisait dans les lieux loués, le bailleur sera fondé à s'opposer à la substitution, alors même qu'elle lui serait avantageuse. L'article 1717 n'admet plus qu'on exige un intérêt de la part du bailleur, il suffit que la prohibition ait été consentie pour qu'il puisse en réclamer le bénéfice et profiter de ses conséquences.

Conclure de là que le preneur s'est interdit la faculté de vendre son fonds de commerce, qu'il s'est privé de la faculté de sous-louer même dans l'éventualité de cette vente, c'est supposer que les parties ont eu en vue un événement fort éloigné de leur pensée actuelle et qui n'a dû frapper ni l'une ni l'autre; et, dans tous les cas, si le bailleur y a songé, il eût dû s'en expliquer formellement. Son silence à l'acte prouverait qu'il n'a pas voulu, dans ses prévisions, aller au delà de celles pour lesquelles l'article 1717 a été exclusivement édicté. C'est dans ce sens que s'est prononcée la cour de Paris [2].

1028. — La jouissance conférée au locataire diffère de celle du propriétaire, pouvant non-seulement user, mais encore abuser de sa chose. Elle doit, dès lors, se restreindre dans des limites raisonnables et justes. C'est ce que la loi a exigé, en exprimant que l'administration du locataire devait être celle d'un bon père de famille.

Cette obligation entraîne, comme conséquence d'abord, de maintenir les lieux dans l'état où ils se trouvaient au moment de leur délivrance.

Ce n'est pas que le preneur ne puisse jouir autrement que le propriétaire et opérer dans ce sens des changements à la localité. L'obligation de rendre, à la sortie, les lieux dans l'état qu'ils étaient à la rentrée, rend l'exercice de cette faculté sans inconvénients pour le bailleur. Il ne pourrait donc réclamer, à moins d'excès devant occasionner un préjudice permanent et durable.

1029. — Mais la faculté de modifier les lieux ne va pas jusqu'à permettre d'en changer la destination. Toute substitution dans ce sens, accomplie sans l'aveu et l'autorisation du bailleur, est une fraude donnant ouverture à l'action en résiliation, alors surtout que la destination nouvelle est dans le cas de déprécier les lieux, soit sous le rapport matériel, soit sous le rapport moral.

Ainsi on ne peut, dans une maison bourgeoise, établir un café ou cercle, moins encore un cabaret ou un lieu de prostitution. Convertir la maison en auberge ou l'auberge en maison, introduire une maison de jeux, appeler enfin une profession bruyante ou incommode dans les lieux destinés à un débit de marchandises.

1030. — Le locataire d'un établissement industriel quelconque est de plus obligé de l'exploiter activement jusqu'à la fin du bail. L'interruption occasionnée, soit par la cessation de commerce, soit par le transfert de ce commerce dans une autre localité, donnerait lieu à la résiliation du bail et à des dommages-intérêts. L'allocation serait beaucoup plus sévèrement calculée dans le second cas que dans le premier. En effet, la cessation du commerce peut tenir à des circon-

[1] *Du Louage*, t. I, n° 365.

[2] 16 février 1822.

stances n'entachant en rien la bonne foi du preneur. Le second, au contraire, sera le plus souvent une spéculation sur la clientèle qu'on voudra contraindre de venir dans le nouvel établissement, la fermeture du premier les mettant dans l'impossibilité de continuer à s'y faire servir. On ne doit donc pas hésiter à réparer largement le préjudice qui en sera résulté pour le propriétaire des lieux abandonnés.

1031. — Faut-il, pour que la plainte en changement soit recevable, que la destination des lieux ait été spécialement indiquée dans l'acte de bail? Nous ne le pensons pas. Le mode de jouissance précédemment employé détermine ordinairement la destination ultérieure. C'est donc par les antécédents que doit se résoudre la difficulté. C'est aussi par la nature et la situation des lieux, car dans beaucoup de circonstances elles aideront puissamment à fixer la destination qu'on prétendra avoir été changée.

1032. — La profession du locataire peut fournir un moyen puissant d'appréciation. Celui qui a pris dans l'acte la profession de négociant, qui a toujours exercé son commerce dans le lieu de son habitation, sera facilement présumé n'avoir loué que pour continuer son industrie. Le bailleur ne pourrait donc plus tard s'opposer aux changements à faire aux lieux loués pour les mettre en état de servir à leur nouvelle destination. Son silence dans l'acte de bail, en présence de la double circonstance que nous venons d'établir, ferait admettre qu'il a consenti à ces changements.

Mais il en serait autrement si l'industriel avait toujours exploité son commerce dans un lieu autre que celui qu'il habitait; peu importerait, dans cette hypothèse, que le preneur eût pris dans l'acte la qualité que son industrie lui donne. D'une part, la certitude qu'il exploitait son commerce séparément de son habitation; de l'autre, la destination antérieure des lieux, constamment affectés à l'habitation, feraient considérer comme un changement frauduleux l'introduction dans ces lieux de l'exercice de sa profession.

1033. — La dissimulation par le preneur de sa véritable qualité ferait résilier le bail, lorsqu'il est certain que la connaissance de cette qualité aurait empêché le propriétaire de le consentir. Ainsi il a été jugé que le preneur qui s'annonce comme négociant fait une déclaration mensongère devant entraîner l'annulation du bail, s'il dissimule qu'il est cabaretier et logeur [1].

[1] Bordeaux, 1er mars 1828.

1034. — Le développement qu'un fait même imprévu imprime à l'exploitation d'une carrière constitue-t-il un changement de destination devant autoriser le bailleur à faire résilier le bail?

La négative ne saurait être douteuse. L'exploitation n'est que la conséquence naturelle et légitime du bail. Elle doit nécessairement se placer au niveau des besoins du preneur. Elle suit donc la chance plus ou moins heureuse du commerce entrepris par lui. En conséquence elle ne saurait être gênée, alors qu'aucune limite n'a été stipulée dans l'acte.

C'est ce que la cour de Grenoble a en quelque sorte reconnu par arrêt du 5 mars 1835, repoussant le prétendu changement de destination allégué par le bailleur.

Mais le même arrêt condamne le preneur à des dommages-intérêts à l'égard du bailleur, pour indemniser celui-ci du développement que l'exploitation avait reçu. Nous pensons avec Duvergier que cette solution ne se justifie en droit par aucun motif plausible.

Dans l'espèce de cet arrêt, une carrière de pierres moellons avait été donnée à bail. Longtemps avant le contrat, le projet d'agrandir la ville de Grenoble et d'en reculer les fortifications avait été conçu. Des plans avaient été dressés et le tout était soumis à l'approbation du gouvernement.

Postérieurement au bail, ce projet fut mis à exécution, et dès lors des fournitures considérables furent faites par les fermiers de la carrière.

En cet état, réclamation du propriétaire. Il soutient que la réalisation de l'agrandissement de la ville est un fait imprévu, que l'exploitation à laquelle il donne lieu menace d'épuiser sa mine. Il demande qu'en vertu des articles 1769 et 1770, il soit indemnisé par les preneurs; que dans tous les cas, et à défaut de stipulation expresse, ceux-ci ne devaient jouir de la carrière que suivant la destination qu'elle a reçue; que cette destination devait être entendue des produits proportionnels au prix du bail; qu'en conséquence, extraire des produits plus considérables, c'était changer cette destination, puisque le preneur pourrait tout à coup appauvrir, sinon épuiser une carrière ayant devant elle de longues années d'exploitation.

On répondait que les articles 1769 et 1770 ne concernaient que le preneur; que la réciprocité invoquée n'avait aucune base légale, ce que l'arrêt semble reconnaître tout en disant que la loi n'a pas exclu toute analogie.

La cour ne voit pas non plus dans les moyens

invoqués un changement de destination, mais elle y trouve une violation flagrante des accords intentionnellement convenus, et c'est sur cette violation qu'elle se fonde pour accorder des dommages-intérêts. Voici ses motifs :

« Attendu que, en affermant à Arnaud et « Blandin le droit d'exploiter leur carrière, Uet « et Billioux n'ont prévu ni pu prévoir l'agran- « dissement de la ville et la confection d'une « nouvelle enceinte de fortifications; qu'ils n'ont « dû voir, ainsi que les preneurs, que le débit « des pierres tel qu'il avait eu lieu précédem- « ment et pour les besoins habituels de la popu- « lation, ce qui est d'ailleurs démontré par le « prix du bail, resté le même que pour les baux « antérieurs, tandis qu'il aurait subi une aug- « mentation considérable si l'on avait prévu « l'événement des nouvelles fortifications;

« Attendu que le projet d'agrandissement de « la ville, d'une nouvelle enceinte de remparts, « bien qu'existant à l'époque du contrat, était « encore entouré de difficultés telles, que son « ajournement, qui datait de plus d'un siècle, « ne pouvait présenter un terme assez prochain « pour que ce projet eût été dans les prévisions « des parties. »

Il est possible, comme le dit la cour de Grenoble, qu'il ne serait pas juste de laisser au preneur seul le bénéfice considérable qu'un événement imprévu est venu occasionner, mais cela signalerait tout au plus une lacune dans la loi, puisque le législateur, s'étant expliqué à l'égard du preneur par les articles 1769 et 1770, a omis ou refusé de le faire à l'endroit du bailleur. Or, cette lacune ne peut être comblée ni par le jurisconsulte, ni par le magistrat : *Dura lex, sed scripta.*

L'appel, fait par l'arrêt, à des considérations d'équité et de justice est donc sans portée réelle. Tout au plus accuserait-il la loi d'imprévoyance, en admettant que cet appel fût fondé dans l'espèce et qu'il s'y agît réellement d'un fait pouvant être considéré comme imprévu.

En droit, nous n'admettons pas, comme le fait l'arrêt, ni que l'exploitation actuelle soit le terme que les parties contractantes aient imposé à l'administration future et surtout accepté, ni que l'importance de celle-ci doive toujours être proportionnée au prix du bail. La location d'une mine ou d'une carrière est une opération purement commerciale et participe, dès lors, essentiellement aux chances aléatoires, inséparables de toute opération de ce genre. De là cette première conséquence, que le preneur court le risque d'une diminution plus ou moins considérable et qu'il doit, par réciprocité, profiter de l'augmentation dans l'exploitation actuelle.

Que le but du preneur soit de provoquer cette augmentation, c'est ce qui est positif comme l'évidence. En conséquence, il recherchera tous les débouchés nouveaux pour l'écoulement de ses produits, étendra ses relations, les portera au loin, profitera dans cet objet de sa position sociale, des moyens que sa fortune lui offrira. Or, c'est précisément tout cela que la doctrine de l'arrêt tend à lui interdire, condamnant ainsi l'industrie du preneur à une immobilité qui n'est ni dans la nature, ni dans l'essence du commerce.

Cette doctrine a, de plus, comme tout ce qui est arbitraire, le tort grave de ne comporter ni mode fixe d'applications, ni limites certaines. A quel point naîtra ou s'arrêtera l'obligation d'indemniser le propriétaire ? Comment, d'ailleurs, calculer l'existence de l'augmentation dans l'exploitation ? s'il est vrai que tel qui ne venait pas à l'usine y vient, il peut se faire que tel autre qui en tirait ses fournitures ait cessé d'en agir ainsi. C'est donc une masse de difficultés, de chicanes plus ou moins insolubles, substituée à la règle simple et positive tracée par la loi.

D'ailleurs, si le preneur ne peut aller au delà de l'exploitation actuelle, ne s'ensuivra-t-il pas que le bailleur devra garantir ces limites ? N'est-il pas juste que le premier, s'il ne peut s'enrichir, ne puisse pas au moins s'appauvrir. On lui permettra donc, toutes les fois que l'exploitation sera moindre, de solliciter soit une diminution proportionnelle sur le prix du bail, soit une indemnité. Comme on le voit, dans le système que nous combattons, l'aléa de l'opération commerciale retombera sur le locateur et non sur le locataire.

Mais, dit-on, il n'est pas rationnel de permettre au preneur d'appauvrir, sinon d'épuiser une mine ayant encore plusieurs années d'exploitation devant elle. Cette objection ne serait juste que si le fait ne pouvait être empêché par le preneur, et c'est ce qui n'existe pas. La loi permet au propriétaire de déterminer des limites à l'exploitation, dont il confère le droit à un tiers. Ainsi, l'acte de bail peut renfermer ces limites, empêcher qu'elles puissent être dépassées ou fixer une augmentation proportionnelle du prix du bail, augmentation qu'il sera facile d'établir par le cubage de la carrière. De quoi se plaindrait donc le bailleur, s'il a uniquement dépendu de lui d'éviter l'injustice contre laquelle il réclame ? Est-il bien juste aussi de faire perdre à un individu une somme de 10,000 francs, parce

qu'il a négligé de se procurer une preuve écrite soit du prêt, soit du dépôt qu'il en aurait fait? Et cependant on n'hésiterait pas à repousser toutes ses réclamations. Pourquoi, lui dirait-on, ne vous êtes-vous pas procuré la seule preuve pouvant vous faire rentrer dans vos fonds. Or, ce qu'on objecterait avec raison au dépositant ou prêteur, on peut, on doit l'objecter au locateur, car, comme eux, il a dépendu de lui de créer la preuve d'une prétendue intention sur laquelle cependant il est resté muet au moment du contrat.

Ainsi, l'injustice du résultat qui décide Troplong à adhérer à la solution de la cour de Grenoble ne nous paraît nullement démontrée. Dans tous les cas, elle est due non à la fraude du preneur, mais à la négligence du bailleur : *Volenti non fit injuria.*

Nous ajoutons que, dans l'espèce de l'arrêt de Grenoble, il y avait d'autant plus lieu pour le preneur de s'expliquer au moment du contrat, que l'agrandissement de la ville et l'établissement de nouvelles fortifications étaient connus de tous. Il est vrai que la cour rappelle que ce projet datait d'un siècle. Mais il s'exécutait en 1832, et le bail avait été consenti en 1829. Or, les formalités indispensables à cet accomplissement avaient dû, dès 1829, être poussées à un point tel que la réalisation du projet devait paraître imminente. Le silence du bailleur constituait donc une faute d'autant plus lourde.

1035. — La prohibition de changer la destination des lieux s'applique aux biens ruraux comme aux maisons de ville. Ainsi, le fermier ne peut, sans s'exposer à des dommages-intérêts et même à la résiliation du bail, dessoler les terres, les surcharger, détruire les étangs, arracher les vignes, convertir les terres à blé ou les prairies en vignobles, changer les vignobles en terres labourables, substituer, enfin, une autre culture à celle antérieurement et usuellement pratiquée.

1036. — L'obligation pour le fermier d'administrer en bon père de famille est plus étroite encore que celle du locataire. Les fraudes qu'il pourrait commettre sont, en effet, de nature à altérer, au moins temporairement, la propriété elle-même. Ainsi, le défaut de culture, l'enlèvement des pailles ou engrais, la taille défectueuse de la vigne ou autres arbres, etc., sont dans le cas de survivre dans leurs effets au bail lui-même, conséquemment d'occasionner un préjudice au propriétaire, soit en diminuant les produits s'il les perçoit lui-même, soit en empêchant d'obtenir, d'un autre fermier, le prix qu'il aurait obtenu, si la propriété avait été en bon état. Tous actes tendant à ce résultat doivent donc être sévèrement réprimés.

1037. — Un devoir spécialement imposé au fermier d'un bien rural, est celui de veiller à la conservation de l'intégralité de la propriété confiée à ses soins; d'empêcher tout empiètement. La possession, si précieuse dans un procès, l'éloignement du propriétaire, pouvant ne se rendre que très-rarement sur son domaine, ont fait édicter l'article 1768, d'après lequel le fermier doit avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds, à peine de tous dépens, dommages et intérêts.

1038. — Le délai dans lequel cet avertissement doit être donné est celui des ajournements. Inutilement aurait-on chargé le fermier d'avertir le propriétaire si on avait laissé le délai à son choix ou à ses caprices. Bientôt même la négligence s'en mêlant, l'avis arriverait après que, par l'expiration de l'année, la possession serait acquise à l'usurpateur, ce qui pourrait entraîner la perte de la propriété, si le propriétaire n'avait pas de titres ou s'il avait perdu ceux qu'il pourrait invoquer. Cette conséquence fait sentir toute l'importance de l'obligation imposée au fermier.

La loi ne trace aucune forme à l'accomplissement de cette obligation. L'usurpation peut être dénoncée au propriétaire soit par acte extraordinaire, soit par lettre, soit même oralement. Mais la prudence exige que, dans ces deux derniers cas, le fermier se procure la preuve écrite de sa diligence. Cette preuve résulterait de la déclaration signée par le propriétaire et constatant l'avertissement reçu.

1039. — A défaut de ces précautions ou faute d'avoir exécuté les prescriptions de l'article 1768, le fermier devrait être condamné à des dommages-intérêts. Évidemment, l'allocation de ces dommages devrait comprendre l'intégralité du préjudice occasionné par l'usurpation. Elle serait d'ailleurs plus sévère, suivant que le fermier aurait agi de bonne foi et par pure négligence ou que son silence ne serait que le résultat de la collusion et de la connivence avec l'usurpateur.

1040. — Les fraudes du fermier revêtent quelquefois le caractère de délits. Ainsi, l'abatage des arbres sans autorisation et contre le gré du propriétaire peut être poursuivi correctionnellement et puni des peines portées par l'article 446 du Code pénal [1].

[1] Carnot, sur l'article 446; Legraverend, t. II, p. 380, note 8; Metz, 1er août 1819; cass., 10 août 1833.

Le fermier qui enlèverait sur le fonds affermé des barrières ou partie de la clôture commet le délit de bris de clôture, s'il a agi frauduleusement ou de mauvaise foi. Dans le cas contraire, il ne pourrait être poursuivi criminellement, mais il pourrait l'être par la voie civile, à la requête du propriétaire fondé à exiger des dommages-intérêts.

L'enlèvement des capitaux morts ou vivants constitue, dans l'acception ordinaire du mot, un véritable vol, puisque l'auteur de cet enlèvement s'attribue sciemment et volontairement une chose qu'il sait appartenir à autrui. Cette soustraction, au mépris des droits du propriétaire, ne constitue pas cependant, aux yeux de la loi, un délit quelconque, soit parce que les capitaux confiés au fermier deviennent, en quelque sorte, sa propriété sous l'obligation d'en restituer, à la fin du bail, en même quantité, qualité et valeur; soit parce que la disparition de certains d'entre eux peut n'être que le résultat d'un fait indépendant du fermier, dont tout le tort consiste à ne pas avoir pourvu à leur remplacement. Dans ce dernier cas, il n'y a, à la charge du fermier, qu'une dette purement civile dont il répond sur toutes ses facultés.

1041. — Quoi qu'il en soit, l'enlèvement ou l'absence des capitaux morts ou vivants, dégarnissant la ferme des moyens indispensables à son exploitation, entraîne, en faveur du propriétaire contre le fermier, d'abord, l'action en résiliation du bail; ensuite, celle en restitution et en dommages-intérêts pour le préjudice résultant de l'absence plus ou moins prolongée des capitaux.

1042. — La première de ces actions a sa base dans la violation de l'obligation imposée au fermier de tenir la ferme garnie de tous les moyens utiles à son exploitation. L'enlèvement des capitaux ou l'impossibilité de les remplacer est ordinairement le précurseur d'un abandon de la culture. Il fait tout au moins prévoir une exploitation insuffisante.

Cela seul suffit pour justifier la demande en résiliation, indépendamment du caractère odieux d'un enlèvement. La demande du propriétaire ne saurait donc être repoussée.

1043. — L'action en restitution et en réparation du préjudice n'est que la conséquence de la résiliation. Celle-ci, entraînant la fin du bail, amène nécessairement les effets que l'expiration du terme stipulé fait naître. Au nombre de ces effets, se place naturellement le remboursement de tout ce qui avait été livré par le propriétaire comme accessoire de la ferme.

1044. — La fin du bail détermine également le règlement de toutes les malfaçons reprochées au fermier et la réparation du préjudice en résultant. Cette réparation étant accordée à titre de dommages-intérêts, la contrainte par corps est facultative dans les limites et aux termes de l'article 126 du Code de procédure civile.

1045. — La même faculté est accordée au juge par l'article 2062, à l'égard de la restitution des capitaux manquants, à moins que le fermier ou le colon partiaire ne prouve que la perte ou le déficit ne procède point de son fait. Cette preuve est à la charge de l'un ou de l'autre. Pour le propriétaire, l'absence des capitaux fait présumer la fraude. Mais cette présomption cède devant la preuve du contraire, et cette preuve faite, il est procédé au règlement conformément aux règles tracées par les articles 1810 et 1827. A défaut de cette preuve, la contrainte par corps *peut* être prononcée, c'est-à-dire qu'elle est une faculté et non un devoir. La loi s'en réfère donc à l'appréciation souveraine du juge.

1046. — La principale obligation du preneur est de payer le prix stipulé. Nous nous en rapportons, quant à ce payement, aux règles que nous avons tracées en parlant de la vente, règles parfaitement applicables au payement des loyers. Nous dirons seulement que le simple retard d'un terme n'autorise pas l'action en résiliation. Après beaucoup d'hésitation et de contradictions, la doctrine et la jurisprudence se sont réunies pour exiger que le retard soit au moins de deux termes.

1047. — Le privilége que le vendeur conserve sur la chose repose pour le locateur sur les facultés mobilières du locataire. Pour que ce privilége puisse sortir à effet, il faut que les facultés qu'il grève se trouvent dans les lieux loués. De là l'obligation imposée par la loi au locataire de garnir la maison d'une manière convenable, proportionnée à sa fortune et à sa position. Toute fraude pour éluder cette obligation, le défaut de son accomplissement, motiverait la résiliation du bail.

1048. — L'exécution de cette obligation par le fermier d'un bien rural serait dans bien des cas insuffisante à couvrir l'intérêt du propriétaire. On sait d'une part quel est d'ordinaire le mobilier d'un cultivateur, et de l'autre que le prix de la ferme se règle par l'étendue de l'exploitation. Exiger que le premier pût valablement cautionner le second, c'eût été bien souvent rendre tout bail impossible.

Le fermier a donc rempli son obligation en transférant, dans la ferme, son mobilier, quel-

que modeste qu'il soit. Mais là ne s'arrête pas le devoir qu'il doit remplir. Ainsi, avec le mobilier, il doit de plus garnir la ferme des instruments et ustensiles nécessaires à son exploitation, il doit de plus y engranger tous les fruits et récoltes recueillis sur la propriété.

Tout cela devient le gage du propriétaire. Celui-ci peut donc contraindre à sa réalisation, empêcher toute fraude, sous peine de dommages-intérêts; et, à défaut de payement de ceux-ci, demander et obtenir la résiliation du bail.

1049. — Le louage d'œuvres et d'industrie rentre dans les obligations de faire, soumises aux règles générales du droit. Conséquemment c'est par les principes généraux que nous avons exposés que doit être appréciée la fraude reprochée à l'une des parties. La fraude existe dès qu'il y a d'une part refus d'exécuter le marché. Le droit d'obtenir la résiliation serait une conséquence de ce refus.

1050. — Nous avons vu que l'action *ex conducto,* ouverte en faveur du locataire, avait pour résultat de lui permettre d'obtenir la mise en possession, *etiam manu militari.* Cela ne saurait être dans le louage d'œuvres et d'industrie. Comme la matière du contrat est un fait purement personnel à l'ouvrier, la résolution ne peut entraîner qu'une adjudication de dommages-intérêts. On connaît la maxime *nemo potest cogi ad factum.* Ces dommages-intérêts seraient dans ce cas calculés de manière à indemniser du préjudice éprouvé par le retard de livraison de l'ouvrage commandé, et à mettre la partie poursuivant la résiliation à même de se procurer ailleurs ce que l'autre partie ne veut plus accomplir.

Celle-ci devrait de plus restituer tout ce qu'elle a reçu en avances sur le prix des travaux qu'elle se refuse d'exécuter, ainsi que tous les matériaux qui lui auraient été confiés. La restitution de ceux-ci peut être exigée en nature, et, à défaut, le conducteur [1] autorisé à s'en remplacer aux frais du locateur.

1051. — Le locateur répond des vices de construction, de ceux des matériaux qu'il fournit et des malfaçons reprochées à son œuvre. Ce principe juste en lui-même ne saurait donner lieu à la moindre difficulté de droit, la certitude du fait en amènerait l'application immédiate.

1052. — Mais ce qui sera souvent contesté, c'est la recevabilité de l'action du conducteur, surtout si elle est intentée après l'acceptation et le payement total ou partiel; le locateur soutiendra que les ouvrages ayant été ou pu être vérifiés avant l'acceptation, celle-ci l'a complétement déchargé de toute responsabilité, en plaçant l'ouvrage à la charge exclusive du conducteur.

1053. — La question de savoir quand il y a eu réception, et quels en sont les effets, offre donc un véritable intérêt. Il est évident que l'époque de la réception est et doit être fixée au moment de la livraison suivie soit du payement, soit du règlement du prix. L'article 1791 l'indique en décidant que la vérification est censée faite lorsque l'ouvrage, fait en plusieurs pièces ou à la mesure, peut être vérifié par parties, pour toutes les parties payées, si le maître paye en proportion de l'ouvrage fait. Remarquons qu'on ne doit pas confondre les à-compte donnés à diverses reprises avec le payement partiel dont parle l'article 1791. Celui-ci n'existe que lorsque la convention le stipule, ou bien lorsque les à-compte payés, concordant avec une livraison partielle, représentent la valeur juste et réelle des objets livrés. Cette coïncidence serait mieux que la preuve de la convention, elle en serait l'exécution.

Voilà donc les caractères déterminant l'époque de l'acceptation. Quel est maintenant l'effet de celle-ci?

Troplong [2] pense qu'elle dégage l'ouvrier, non-seulement de la force majeure, mais encore de tout recours pour malfaçons, le Code civil ayant abrogé la prescription d'abord de trois ans, réduite plus tard à un an, que l'ancien droit avait créée en faveur du conducteur.

Mais, et Troplong l'enseigne lui-même, ce principe n'est pas et ne pouvait pas être absolu, il ne peut être sérieusement invoqué que par l'ouvrier ayant employé les matériaux que le conducteur a fournis. Dans l'hypothèse contraire, le locateur répond des matériaux qu'il a livrés, et des vices détruisant ou dégradant la chose livrée, même après la livraison.

C'était justice de le décider ainsi. L'ouvrage sortant des mains de l'ouvrier a toujours une apparence parfaite; on a su dissimuler avec art les défauts de la matière, masquer les défectuosités qu'un usage va plus ou moins prochainement mettre à nu. Repousser les réclamations que cette découverte suscite, ne serait pas autre

[1] Nous adoptons entièrement la solution que Troplong tire des débats législatifs que la matière a subis. Nous appelons donc locateur, l'ouvrier, et conducteur, celui qui le paye. (Voy. Troplong, art. 1710, no 64.)

[2] *Du Louage,* art. 1791, nos 988, 991.

chose que décerner une prime d'encouragement au dol et à la fraude.

1054. — Dès lors on doit conclure que l'ouvrier est déchargé par l'acceptation de la responsabilité pour tous les vices et défauts apparents, pouvant être facilement reconnus et constatés. Quant aux vices cachés, l'acceptation ne saurait influer sur les droits du conducteur parce qu'elle a précédé leur découverte, parce qu'elle a été dès lors le résultat de l'erreur; et que cette erreur a été inspirée par la fausse apparence que l'ouvrier a su donner à la chose. On ne manquera pas d'observer cette distinction toutes les fois qu'il s'agira d'un travail dont l'ouvrier a fourni la façon et la matière.

1055. — Si l'ouvrier n'a fourni que la façon, les vices de la matière ne peuvent lui être imputés, et ses conséquences restent pour le compte du conducteur. Mais les malfaçons imputables à l'ouvrier doivent être appréciées suivant la distinction que nous venons d'établir.

1056. — L'acceptation et le payement ne pourraient être une fin de non-recevoir pour les architectes, entrepreneurs et autres ouvriers dont parlent les articles 1792 et 1799 du Code civil. Pour eux, la loi ayant limité la durée de la garantie, leur responsabilité ne cesse qu'avec l'expiration du délai que la loi fixe à dix ans.

SECTION V.

FRAUDES DANS LES SOCIÉTÉS.

SOMMAIRE.

1057. — La société crée entre ses divers membres une espèce de communauté.
1058. — Le partage du bénéfice est le but de la société. — Conséquences.
1059. — Toute infraction aux règles qui en découlent peut constituer une fraude.
1060. — Consentement extorqué. — Ses effets.
1061. — Comment se règle l'association de fait qui a existé jusqu'à l'annulation, à l'égard des associés.
1062. — A l'égard des tiers.
1063. — *Quid* en cas de faux?
1064. — Peut-on assimiler au faux l'abus d'un blanc seing?
1065. — La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui l'affranchirait de toute contribution aux pertes est de plein droit réputée frauduleuse.
1066. — La nullité en résultant embrasse l'acte de société et non pas seulement la clause illicite.
1067. — Comment devrait s'opérer le règlement des opérations faites jusqu'à l'annulation.
1068. — L'égalité entre associés obéit à d'autres principes que ceux régissant les cohéritiers.
1069. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la contribution aux pertes. — Conséquences pour l'associé purement industriel.
1070. — Autre exception à la prohibition de n'être pas tenu de sa part dans les dettes.
1071. — Dans quels cas la participation aux bénéfices, réservée par le créancier, constituera-t-elle une usure déguisée?
1072. — Arrêt de la cour de cassation.
1073. — Prétendue anomalie entre l'assurance du bénéfice permise entre associés et prohibée aux créanciers. — Motifs de la différence.
1074. — L'assurance du bénéfice entre associés n'est valable que si elle est sérieuse et sincère.
1075. — Obligations pour chaque associé de verser sa mise.
1076. — Effets du refus ou du retard.
1077. — Nature et étendue de l'obligation de l'associé industriel.
1078. — Effets du refus ou du retard.
1079. — L'industrie promise à la société devient, du jour de la constitution de celle-ci, la chose commune. — Conséquences.
1080. — Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute.
1081. — Discussion au conseil d'État sur ce qu'on doit entendre par faute.
1082. — Conséquence à déduire de cette discussion.
1083. — Effet de la fraude. — En quoi elle consiste.
1084. — Quand devra-t-on l'admettre?
1085. — La responsabilité, en cas de fraude ou de faute, s'apprécie, non pas sur l'ensemble des opérations, mais relativement à chacune d'elles.
1086. — Effet respectif de l'une et de l'autre sur la durée de la société.
1087. — La faute motiverait suffisamment le retrait du mandat conféré à son auteur.
1088. — En droit, l'associé ne peut poursuivre la dissolution de la société, avant son terme, à moins d'un vice en déterminant la nécessité.
1089. — Exception autorisée par l'article 1865, mais dans les conditions qui y sont indiquées.
1090. — 1° Il faut que l'acte social n'ait fixé aucun terme à la durée de la société.
1091. — 2° Que la renonciation soit faite de bonne foi.
1092. — Comment reconnaîtra-t-on que la renonciation n'est pas de bonne foi?
1093. — Exemple emprunté à Pothier.
1094. — Cette appréciation est laissée à l'arbitrage du juge.
1095. — 3° Que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps.
1096. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune?
1097. — Caractère de la nullité dont elle est frappée.
1098. — Dans les sociétés à terme, la dissolution ne peut être poursuivie qu'après l'expiration du terme.
1099. — Causes pouvant introduire une exception. — Caractère de l'article 1871 du Code civil.
1100. — Le refus péremptoire de l'associé industriel, de ne plus continuer la société, devrait-il en faire prononcer la dissolution, malgré les autres associés, sauf indemnité?
1101. — Affirmative jugée par la cour de Lyon.
1102. — Réfutation. — Moyen légal de contraindre à l'exécution.
1103. — La dissolution légale ou conventionnelle fait cesser tous rapports entre les associés. — Ses effets immédiats.
1104. — Nature du compte à rendre par le gérant.
1105. — Effets de la négligence dans la tenue des écritures.

1106. — Obligation de remettre les livres et papiers.
1107. — Effet de la soustraction totale ou partielle des livres.
1108. — Les objections opposables au gérant doivent être opposées avant le règlement.
1109. — Toute action en révision est formellement prohibée par la loi.
1110. — Action en redressement. — Ses caractères.

1057. — La société est définie par la loi : un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter [1].

La société crée donc, entre ses divers membres, une véritable communauté. Ce qui la distingue des précédentes, c'est qu'elle résulte d'un pur consentement ; c'est qu'elle suppose une réciprocité de besoin et de confiance ; c'est qu'elle est limitée dans sa durée, et qu'on ne peut devancer le terme de sa dissolution.

1058. — Le partage du bénéfice étant le but essentiel de la société, c'est à en acquérir le plus possible que doivent tendre les efforts communs. Il en résulte que l'administration de la chose commune doit être marquée au coin de la plus scrupuleuse, de la plus fidèle exactitude, et exclure toute idée de profit exclusif et personnel ; que dans le partage les proportions légalement stipulées doivent être religieusement observées.

1059. — Toute infraction à ces règles est susceptible de constituer une fraude. Or, l'existence de cette infraction peut être remarquée : à l'origine même de la société dont elle vicie le titre ; dans l'administration qu'on détournera de son objet essentiel à l'effet de la rendre pour l'un la source d'un bénéfice illégitime pour l'autre, une cause de ruine ; enfin dans la répartition après dissolution.

Ces diverses éventualités tracent le cercle de nos observations. Leur objet doit être de constater dans chacune de ces périodes les caractères constitutifs de la fraude et ses effets.

1060. — Le contrat de société est essentiellement consensuel. Il faut donc, pour qu'il soit valablement souscrit, que la partie ait agi dans la plénitude de son intelligence ; que sa volonté ait été spontanée et libre. En conséquence, si le consentement dont on se prévaut émane d'un incapable, s'il a été surpris par le dol ou la fraude, s'il a été arraché par la violence, le contrat manque d'une des conditions essentielles : *Colorem habet, substantiam vero nullam.*

On doit donc l'annuler sur la poursuite de la partie intéressée. Mais cette poursuite peut n'être exercée qu'après la mise en mouvement de la société, lorsque le vice n'aura été découvert qu'après cette époque. Dans ce cas, la nullité peut n'être qu'un remède inefficace, car son existence, tout en rendant la société impossible dans l'avenir, n'empêchera pas qu'elle n'ait existé pour le passé ; et cette société de fait déterminera inévitablement la nécessité de procéder au règlement des opérations accomplies jusqu'à sa dissolution.

1061. — Relativement à l'associé, les bases de ce règlement sont fort simples. L'auteur du dol, de la fraude ou de la violence n'a aucun recours à exercer contre sa victime. Par rapport à lui, toutes les affaires lui demeurent personnelles, il doit en subir les effets, en supporter les pertes. Pour lui, en un mot, la nullité rétroagit jusqu'à l'origine même de la société.

Par une déduction logique de cette règle, il devrait en outre restituer la mise de fonds versée par le demandeur en nullité, ou l'indemniser jusqu'à due concurrence. Il serait encore condamné à le relever et garantir des recherches que les tiers seraient dans le cas d'exercer.

1062. — A l'endroit de ceux-ci, en effet, le demandeur en nullité ne saurait décliner la responsabilité résultant des traités qu'ils auraient faits avec la société apparente. Il suffit qu'une société de fait ait existé, et qu'un engagement ait été souscrit du nom social, pour que le porteur ait qualité et droit de recourir contre chacun des associés désignés par le pacte social. Rappelons-nous cette proposition de Pothier : un consentement, quoique surpris, n'en est pas moins un consentement obligatoire, tant qu'il n'est pas rétracté. Comment, en effet, exiger que les tiers fussent plus clairvoyants que la partie et qu'ils soupçonnassent une fraude qu'elle a elle-même ignorée ? C'est cependant ce qu'on leur demanderait si on leur refusait de faire valoir toutes les garanties sous la foi desquelles ils ont traité.

Sans doute celui que le dol ou la fraude a égaré est malheureux ; mais il n'en a pas moins coopéré à donner à l'acte cette apparence que les tiers pouvaient et devaient seuls consulter, il a le tort de s'être laissé circonvenir. Que, sur sa réclamation, ce tort n'apporte aucun obstacle à la nullité de ses engagements, c'est justice, mais ce qui ne serait pas juste, c'est qu'il autorisât la perte des droits loyalement acquis par des tiers qui y sont demeurés complétement étrangers.

1063. — Ainsi le principe de la responsabilité, en faveur des tiers, réside dans le concours purement matériel, donné à l'acte par celui qui

[1] Art. 1832 du Code civil.

se prétend trompé. De là cette conséquence que si en fait ce concours ne s'est pas réalisé, le prétendu associé n'est tenu de rien, même à l'égard des tiers. Telle serait la position de celui dont la signature apposée à l'acte ne serait que le produit d'un faux matériel.

1064. — Devrait-on assimiler au faux l'abus d'un blanc seing, au-dessus duquel on aurait inscrit un contrat de société? Alors surtout que le blanc seing aurait été confié dans un objet déterminé?

L'affirmative a été adoptée par la cour de Paris, le 7 février 1824. Mais cet arrêt, que l'espèce sur laquelle il est intervenu peut jusqu'à un certain point justifier, nous paraît, en pur droit, s'écarter des véritables principes.

Pourquoi, dans l'hypothèse d'un faux matériel, refuse-t-on tout recours au tiers? D'abord, parce qu'en fait, la signature n'émane réellement pas de celui à qui on l'attribue; secondement, parce que la contrefaçon de la signature est un fait de force majeure que la partie intéressée n'a pu ni prévoir, ni surtout empêcher. Une responsabilité quelconque serait donc, en ce qui la concerne, un effet sans cause, c'est-à-dire une énorme injustice.

Est-ce-là la position de celui qui livre un blanc seing? Évidemment non, car la remise qu'il en fait est toute volontaire de sa part, et prouve la confiance illimitée accordée à celui qui la reçoit. Conséquemment, si ce dernier n'en est pas digne, ou mieux s'il en abuse déloyalement, c'est sans doute un malheur, mais il pouvait être prévu et empêché. Le déposant s'est donc trompé, mais le tiers n'a pu avoir la prescience de l'abus dont il a à se plaindre, et, s'il souffre lui-même de cet abus, il doit être recevable à obtenir l'indemnité qui lui est due, même de celui dont l'imprudence a seule rendu un préjudice possible.

On connaît la belle expression d'un de nos anciens jurisconsultes : Il n'y a pas à hésiter entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Or, évidemment, le déposant s'est trompé, en accordant sa confiance à qui ne la méritait pas. Le tiers, au contraire, n'a fait foi qu'à ce qui commandait sa confiance, à la sincérité de la signature. Comment donc repousser la réparation qu'il sollicierait?

Il est une analogie qui nous paraît justifier notre opinion. L'article 2279 permet de revendiquer les meubles volés ; de là la question de savoir si l'abus de confiance, la violation de dépôt, l'escroquerie étaient, par rapport à la revendication, assimilables au vol? La négative a été consacrée par la cour de cassation, dans l'arrêt que nous avons déjà cité [1].

Ce qui crée, aux yeux de la cour suprême, une différence entre le vol et ces derniers délits, c'est que, dans le premier, il y a nécessairement soustraction opérée à l'insu du propriétaire, tandis que, dans les autres, il y a remise volontaire, et que cette remise, quel qu'en soit le titre, donne au réceptionnaire la possibilité de disposer ultérieurement de ce qui en fait la matière. La même différence, se remarquant dans notre hypothèse, motive la solution que nous indiquons. Le faux n'entraîne aucune responsabilité, parce qu'il est le produit d'une voie de fait étrangère, inconnue à celui dont on a contrefait la signature ou l'écriture; parce qu'en fait l'altération de l'une ou de l'autre ne peut faire que celui-ci ait jamais concouru à l'acte : l'abus de blanc seing oblige envers les tiers, parce que l'existence apparente d'une société régulière est la conséquence d'un acte spontané et volontaire ; parce que si quelqu'un doit répondre des effets d'une confiance imméritée, c'est uniquement celui qui l'a imprudemment accordée.

1065. — La loi considère comme frauduleuse la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou qui affranchirait, de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés. L'acte social, vicié par une de ces stipulations, devrait être annulé aux termes de l'article 1855 du code civil.

Une clause de ce genre ferait perdre à la société son caractère essentiel. Une réciprocité d'obligation appelle une réciprocité de droits. Grever l'un au bénéfice de l'autre, c'est méconnaître les sentiments et les devoirs imposés par l'association [2].

Sans doute dans celle-ci, comme dans tous les autres contrats, chaque partie doit, avant tout, surveiller ses propres intérêts; mais il est juste, comme l'observe Troplong, que cet intérêt ait un modérateur dans l'égalité, faisant le principe de toute communion, et sans laquelle la société elle-même ne serait plus qu'un monopole au profit du plus fort ou du plus audacieux, et constituerait cette combinaison que toutes les législations ont flétrie du nom de *pacte léonin* et sévèrement condamnée.

Il n'y a donc pas société dans le contrat ren-

[1] *Vid. suprà*, n° 292.

[2] *Cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.* L. 6, Dig., *pro socio.*

fermant une des clauses prohibées par l'article 1855. Conséquemment, la partie intéressée pourrait toujours en faire prononcer la nullité.

1066. — On a agité la question de savoir si cette nullité ne s'applique qu'à la clause illicite ou si elle atteindrait la société elle-même. Delvincourt professe le premier avis. La société, dit-il, serait valable; seulement, le contrat ne renfermant alors aucune stipulation relative au règlement des parts dans les bénéfices et les pertes, les parties devraient se conformer, à cet égard, à l'article 1853.

Mais cette opinion nous paraît difficile à justifier en droit. La loi pouvait suppléer au silence gardé par les parties sur le mode de répartition des bénéfices ou pertes, et c'est dans ce but qu'elle a édicté l'article 1853. Mais lorsque ce mode a été déterminé, comment admettre que le législateur puisse en imposer un tout différent? De deux choses l'une : ou les parties ont légalement usé d'un droit, et leur convention doit être validée? ou la convention est illégale et viole l'essence du contrat de société, et alors il est vrai de dire qu'il n'y a pas de contrat. C'est ce qu'exprimait ce texte d'Ulpien : *Societatem coiri non posse, et nos consentimus talem societatem nullam esse*[1]. Cette opinion est celle le plus généralement adoptée par la doctrine[2].

1067. — La nullité affecterait donc la société en lui enlevant toute existence future. Elle l'affecterait de plus dans son passé en ce sens que les bénéfices ou pertes déjà réalisés ne pourraient être répartis conformément aux accords illégaux des parties. Il y aurait donc lieu de recourir au mode prescrit par l'article 1853. Qu'on ne dise pas que nous reconnaissons au législateur la faculté que nous lui contestions tout à l'heure; il n'y a aucune similitude entre grever l'avenir et régler le passé. Ce qui, dans cette dernière hypothèse, justifie l'intervention du législateur, c'est, d'une part, la violation de sa volonté devant laquelle on n'a pas reculé; c'est, ensuite, qu'annuler la convention comme illicite et en permettre l'exécution, c'eût été tomber dans la plus absurde contradiction : *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Donc, puisque, par le fait, il y a des opérations à régler, puisque les dispositions arrêtées à cet effet sont illégales et nulles, les parties sont comme si elles n'avaient rien fait à cet égard, et l'article 1853 devient l'arbitre nécessaire de leur intérêt respectif.

1068. — Au reste, l'égalité que la loi exige en matière de société obéit à de tout autres principes que celle prescrite entre cohéritiers ou entre époux. Ce qui est prohibé, c'est qu'un associé gagne ou perde tout, et l'autre rien. Mais, hors de là, rien ne s'oppose à ce que les bénéfices ou les pertes soient inégalement répartis.

Cette inégalité est le plus souvent une conséquence soit de la différence de l'apport, soit du plus ou moins d'utilité que la société doit retirer du concours personnel de tel associé. Il est juste que celui qui s'expose à perdre plus ou qui assurera à la société une plus grande somme de bénéfices, soit plus largement récompensé. La loi s'en réfère, sur ce point, à l'intérêt contradictoire des parties; elle consacre les proportions qu'elles jugent utiles de créer, pourvu que leur règlement ne soit pas le résultat du dol ou de la fraude, pourvu surtout qu'il n'atteigne pas indirectement le but que l'article 1855 a voulu proscrire.

1069. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire à la proportionnalité dans les pertes. Cela s'induit du texte formel de l'article 1855. Il résulte de là que, sans violer cet article, l'associé, n'ayant d'autre mise que son industrie, peut être dispensé de toute contribution aux pertes. L'associé de ce genre ne retire jamais de la société d'autre avantage que sa part des bénéfices représentant le salaire de son industrie. Conséquemment, les pertes qui diminuent ou absorbent ce bénéfice sont réellement à sa charge. Il est évident que ne retirant rien ou que ne recevant qu'une part moindre, il perd le fruit de son industrie en tout ou en partie.

Cette perte a paru suffire aux yeux du législateur, et voilà pourquoi on a admis que cet associé pourrait être dispensé de contribuer aux pertes d'une manière plus effective. Ce résultat ne ressemble en rien à celui que la loi annule. Il y a, en effet, une différence immense entre celui qui perd au moins les fruits de son industrie et l'associé dont la mise, consistant en une somme d'argent, aurait stipulé la reprise intégrale de cette mise, quelles que soient les pertes éprouvées.

Sous un autre point de vue, la position de l'associé n'apportant que son industrie se justifie parfaitement. On considère comme licite la clause par laquelle l'associé bailleur de fonds stipule qu'il ne sera pas tenu des pertes au delà de sa mise. Or, dans l'hypothèse que nous exa-

[1] L. 29, § 2, Dig., *pro socio*.

[2] Voy. Dalloz A., v° *Société*, p. 92, n° 10; Duranton, t. XVII, n° 422; Duvergier, n°s 103 et 277; Troplong, t. II, p. 139, n° 662.

minons, l'associé pour l'industrie ne fait pas autre chose. Sa mise n'étant que les produits de son travail, il peut, au même titre, stipuler qu'il ne perdra jamais au delà de sa mise.

1070. — Il est une seconde hypothèse dans laquelle un associé est de plein droit affranchi de toute contribution aux pertes. Un capitaliste avance des fonds à une société, et, en représentation des intérêts auxquels il aurait droit, il stipule une part quelconque dans les bénéfices. Cette clause constitue, quant à ces derniers, une véritable société, dans laquelle l'unique chance pour le capitaliste est de ne recevoir aucun bénéfice, s'il n'en a pas été réalisé.

La perte excédant des opérations lui demeurerait étrangère. La seule pour laquelle il contribuerait réellement serait celle des intérêts que son capital aurait produits, s'il n'avait pas souscrit la société et stipulé une part dans les bénéfices.

1071. — Mais une pareille stipulation peut n'être qu'une fraude déguisée, qu'un moyen de masquer une usure, surtout si, indépendamment d'une part dans les bénéfices, le capitaliste avait stipulé l'intérêt de son argent au taux légal. Il importe donc de rechercher à quelles conditions on pourrait reconnaître l'existence de la fraude.

En principe, le bailleur de fonds peut cumuler l'intérêt des sommes qu'il verse et une part déterminée dans les bénéfices. C'est même là le leurre habilement offert aux capitalistes, qui devraient cependant savoir, comme le leur conseille Troplong, que leurs capitaux ne sont nullement garantis et que, bien souvent aussi, ce sont ces mêmes capitaux qui sont frauduleusement employés à servir les intérêts promis [1].

Quoi qu'il en soit, la légalité de ce cumul n'est pas même contestée. Les chances auxquelles le capital est abandonné, l'incertitude des bénéfices compensent et excusent ce qui, dans la réception des intérêts et des bénéfices, excéderait le taux légal des premiers.

Il faut donc de toute nécessité, quant aux bénéfices surtout, que leur perception suive le sort des opérations commerciales auxquelles le prêteur consent à s'associer. Si la participation aux bénéfices est soustraite à cette chance, si elle consiste dans une somme déterminée au moment de l'acte, quels que soient les événements ultérieurs, il n'y aurait plus qu'un simple prêt, et le cumul des intérêts et des prétendus bénéfices constituerait une usure frauduleuse [2].

Ainsi, la condition essentielle à fixer est le plus ou moins de certitude, pour le prêteur, dans les bénéfices dont il stipule une part. Cette part déterminée, si les parties en font dépendre le chiffre des événements aléatoires du commerce, il y a société et, conséquemment, légalité du cumul. Si, au contraire, après avoir arrêté la quotité du bénéfice accordée, les parties la traduisent immédiatement en un chiffre dès lors invariable, il y a prêt, et prêt usuraire. La stipulation relativement aux bénéfices n'est plus que le moyen de se soustraire aux prohibitions de dépasser le taux d'intérêt voulu par la loi.

1072. — C'est ce mode d'appréciation auquel s'est arrêtée la cour de cassation. Un sieur de Massilian prêtait, en 1825, une somme de 60,000 francs à la société Ardaillon, Bessy et Comp., qui devait les appliquer à la création de hauts fourneaux. Il fut stipulé que les intérêts au taux de six pour cent seraient payables de six en six mois; on convint, en outre, qu'à partir du 1er janvier 1827, époque à laquelle les hauts fourneaux pourraient être mis en activité, le prêteur aurait droit à une portion des bénéfices sociaux, qui fut presque aussitôt fixée à 21,600 francs, pour lesquels des billets furent souscrits.

Plus tard, et sur les poursuites du créancier, la société soutint que les billets contenaient une usure déguisée sous le couvert d'une association. Elle en demanda, en conséquence, la nullité.

Un arrêt de la cour de Paris repoussa cette demande et maintint la créance. « Considérant, dit cet arrêt, qu'il résulte des pièces du procès, des faits et circonstances de la cause, que les six billets de 3,600 francs chacun présentaient la part accordée au créancier dans les bénéfices que devaient procurer les hauts fourneaux, construits avec les fonds fournis par lui, laquelle part avait été réglée à forfait entre les parties;

« Considérant que la stipulation librement faite de cette part des bénéfices, indépendamment de l'intérêt légal de la somme prêtée, n'a rien que de licite, surtout dans le commerce, et qu'on ne saurait y voir le prêt usuraire prohibé par la loi. »

Mais cet arrêt, déféré à la cour suprême, a été cassé le 17 avril 1837. La cour décide, en principe, que la stipulation d'un règlement à forfait de la part des bénéfices ne saurait constituer une association; que, dès lors, se rattachant à un acte de prêt, pour lequel les intérêts légaux sont convenus, elle ne constitue qu'une usure dé-

[1] T. II, p. 110, no 642.

[2] Malepeyre et Jourdain, *des Sociétés*, chap. III, p. 20.

guisée, dont les tribunaux doivent annuler les effets [1].

1073. — On pourrait objecter que la détermination à forfait d'une somme représentant la quotité du bénéfice allouée n'a en elle-même rien d'illicite. Elle ne constitue, en effet, que la vente d'un gain futur et espéré; et cette vente, que les théologiens qualifiaient d'*assurance du bénéfice*, est incontestablement permise à l'associé [2]. Pourquoi donc la prohiberait-on dans l'association bornée aux bénéfices?

La réponse à cette objection et la raison de la différence réelle qu'elle signale se puisent dans la position respective de l'associé ordinaire et du bailleur de fonds.

Pour l'associé, le pacte n'est valable qu'en tant que l'assurance ne porte que sur le bénéfice et laisse complétement en dehors le capital par lui versé dans la société. Conséquemment le contrat peut bien, en ce qui le concerne, diminuer la perte, mais ne l'exonère jamais en totalité de la proportion à laquelle il est tenu, puisque son capital contribuera toujours à cette perte. La qualité d'associé, qui se puise dans la nécessité de cette contribution, continue donc d'exister, quel que soit le mode convenu de sa participation au bénéfice. La vente qu'il fait de sa part, moyennant une somme déterminée, n'est donc qu'un contrat aléatoire, qu'un calcul des probabilités que l'acheteur a de son côté consultées. Elle ne viole donc aucun des principes, aucune des règles essentielles de la société. On pourrait d'autant moins la considérer comme un pacte léonin, que si le vendeur est dans le cas de gagner, il est également exposé à y perdre. En effet, les opérations commerciales peuvent produire des bénéfices tels que la somme qu'il a stipulée soit en dessous de celle qu'il aurait réellement touchée.

Le prêteur, au contraire, qui exige le remboursement intégral des avances qu'il fait et le payement annuel des intérêts, ne se donne certes pas la qualité d'associé. Non-seulement il ne contribuera pas aux pertes, mais encore il retire de son capital tout le produit qu'il doit ordinairement produire.

Cependant cette qualité d'associé il peut la prendre, puisque, par une faveur bien entendue, on lui permet de stipuler, outre les intérêts, une part convenue dans les bénéfices. Mais cette qualité ne lui sera acquise que si les droits qu'elle lui confère restent soumis aux chances commerciales; qu'autant qu'il demeure tenu des pertes, en ce sens que, celles-ci se réalisant, il ne touchera aucun bénéfice, ou qu'il n'aura qu'une part réduite.

Dès lors, s'il ne veut pas même se soumettre à cet aléa; si le bénéfice lui est alloué, quoi qu'il arrive, il n'a jamais eu la qualité d'associé. Le contrat, quant à la part dans les bénéfices, ne peut être considéré que comme une conséquence, que comme une condition du prêt lui-même, et, conséquemment, que comme une usure déguisée. Dans tous les cas, il ne pourrait produire aucun effet, car il constituerait tout au moins la société léonine proscrite par la loi.

Au reste, en cette matière, la fraude est très-facile, et cette facilité avait longtemps fait hésiter la jurisprudence ancienne sur la légalité de l'assurance du bénéfice. Pothier ne l'admettait qu'à la condition que le contrat n'interviendrait pas dans un temps voisin de la constitution de la société, afin qu'on ne pût soupçonner qu'il était la conséquence d'un pacte secret opposé à la convention, pour arriver au prêt à intérêt [3].

Ce motif a perdu son autorité depuis que le prêt à intérêt a trouvé place dans la législation qui nous régit. Conséquemment l'associé peut consentir l'abonnement à forfait de sa part du bénéfice dans l'acte social lui-même. Mais cet abonnement n'est licite qu'autant qu'il y a société, c'est-à-dire qu'autant que le capital reste exposé aux chances de pertes. Le prêteur qui exigerait le remboursement du capital et le payement des intérêts ne pourrait donc l'obtenir sans se livrer à une usure que les tribunaux réprimeraient.

1074. — Pour l'associé lui-même, la légitimité du pacte que nous examinons est subordonnée à sa sincérité. Ce que la loi autorise, c'est un contrat sérieux, offrant aux parties une chance aléatoire qui en fait l'élément essentiel. L'absence de cet élément vicierait donc le contrat.

C'est ce qui se réaliserait si le vendeur, n'ayant d'autre but que d'éluder la prohibition de l'article 1855, avait fait souscrire à son associé une convention lui assurant la totalité du bénéfice; l'appréciation de cette fraude est laissée à la prudence du juge. Mais on n'hésiterait pas à l'admettre si la somme stipulée pour prix de l'abonnement était telle qu'en la rapprochant de la nature et de l'importance de la société, il serait évident qu'elle comprend, ou à peu de

[1] D. P., 37, 1, 305.
[2] Troplong, t. II, p. 105, no 638.
[3] No 27.

chose près, l'universalité du bénéfice que les parties ont pu raisonnablement prévoir et espérer.

1075. — La société régulièrement constituée impose à chaque associé des devoirs qu'il ne pourrait enfreindre sans exposer sa responsabilité. Le premier de ces devoirs consiste dans le versement de sa mise au temps convenu dans le contrat.

1076. — Le refus de ce versement motiverait la dissolution de la société, avec obligation de réparer le préjudice pouvant en résulter. Nous rentrons ici dans l'application des principes généraux sur l'inexécution des contrats. Dans l'espèce, les dommages-intérêts seraient plus ou moins importants, suivant que le refus aurait pour cause l'impuissance ou la mauvaise foi, c'est-à-dire la faute ou le dol.

Le retard dans le versement fait de plein droit courir les intérêts. Cette dérogation au droit commun se justifie par les principes spéciaux des sociétés. L'associé, profitant, jusqu'à concurrence de son émolument, des opérations faites avec les fonds versés par ses coassociés, ne pouvait être autorisé à retenir exclusivement les intérêts des sommes dont il est lui-même débiteur au fonds capital et qu'il détient au mépris d'un engagement formel. Il y a donc équité à le contraindre à rapporter ces intérêts à la masse commune.

Mais là ne se borne pas la peine du retard. Le but de la société étant de se livrer à des opérations dans l'intérêt de tous, chaque associé s'oblige à concourir à ce but et demeure garant du préjudice que son manque de foi a entraîné. Conséquemment, si le retard qu'il a mis à s'exécuter a privé la société de la possibilité de faire une opération avantageuse, il pourra être condamné à l'indemniser d'une perte dont il est seul l'auteur.

1077. — L'associé qui n'a d'autre mise de fonds que son industrie doit consacrer cette industrie aux affaires sociales. C'est là son apport, en échange duquel il doit recevoir une part dans les bénéfices. Il doit donc le réaliser au même titre que les autres associés.

1078. — Les conséquences du refus ou du retard qu'il mettrait à s'exécuter seraient celles que nous venons d'exposer pour l'associé devant verser un capital quelconque. Elles pourraient même être plus sévèrement appréciées. En effet, son concours peut être tellement indispensable, que sans lui l'opération ne puisse être réalisée. On peut suppléer par le crédit à un besoin d'argent; on ne supplée jamais aux connaissances spéciales dont l'exploitation est devenue la matière de la société.

Dans un cas comme dans l'autre, une réparation pécuniaire devrait accompagner la résolution du contrat, à moins, toutefois, que le refus ou le retard ne pût être imputé à la volonté de son auteur. C'est ce qui se réaliserait dans le cas, par exemple, où l'associé n'aurait été empêché que par un état de maladie légalement constaté. Nul n'étant tenu de la force majeure, la résolution, si elle était demandée, pourrait être prononcée, mais sans aucuns dommages-intérêts.

1079. — L'industrie promise à la société devient, à partir de sa constitution définitive, la chose commune à tous les associés. C'est ce qu'exprime formellement l'article 1847, en disposant que tous les gains que cette industrie a produits doivent être rapportés à la masse commune.

Il résulte de là que l'associé s'est, par le fait seul de l'association, interdit d'exploiter soit pour autrui, soit pour son compte personnel, l'industrie qu'il s'est engagé de consacrer à la société. Cette prohibition n'est que l'effet naturel et juste de l'association. Tant qu'elle existe, la disposition de tout l'apport, et notamment celle de l'industrie qui en fait l'objet, n'appartient plus à tel ou à tel associé; elle est exclusivement attribuée au corps moral, à la société elle-même. Elle ne peut donc plus être exploitée que dans son intérêt. L'obligation de lui tenir compte des gains même d'une exploitation illicite assure l'effet de la prohibition, en rendant la première sans intérêt pour celui qui oserait se la permettre.

Mais l'effet de cette prohibition se concentre sur l'industrie promise à la société. Conséquemment, si l'associé en avait une seconde, il pourrait continuer de l'exploiter pour son profit personnel. Cette faculté est cependant subordonnée à cette condition, que son exercice n'occasionnerait aucune atteinte à ses devoirs sociaux. Il ne faudrait pas, en effet, que l'une fît oublier ou négliger l'autre. Une conduite de ce genre constituerait une fraude dont il serait dû réparation.

1080. — L'administration du fonds commun doit être dirigée dans l'intérêt exclusif de la société. C'est dans ce sens que l'article 1850 déclare chaque associé tenu, envers l'être moral qui les personnifie, des dommages qu'il lui a causés par sa faute.

1081. — Dans la discussion au conseil d'État, Lacuée fit remarquer que le mot *faute* était trop

vague. On pourrait, disait-il, en abuser pour rendre l'associé responsable des événements qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe.

Treilhard et Berlier répondirent que les tribunaux sauraient faire la distinction que réclame la justice; que la loi ne pouvait que s'en rapporter à eux; vainement elle entreprendrait de spécifier tous les cas de responsabilité; des spéculations raisonnables qui tournent mal sont un malheur et non une faute; tout cela doit être décidé *ex æquo et bono;* l'expression employée n'y fait pas obstacle, et il est d'ailleurs impossible de la remplacer par aucune autre qui ait un sens tout à la fois plus précis et moins dangereux [1].

1082. — Il importait de rappeler cette discussion, car elle a le mérite de bien définir la pensée du législateur et de déterminer le sens précis des termes qui la manifestent. La volonté de la loi se résume dans cette doctrine de Pothier : Chaque associé n'est tenu que de la faute ordinaire et non de la faute la plus légère. On ne peut exiger de lui que le soin dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires, s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont, dans leurs affaires, les plus habiles pères de famille, ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui [2].

Ainsi, les obligations d'un associé vis-à-vis la société sont celles d'un bon père de famille, ce qui signifie qu'il est responsable non pas de la faute lourde seulement, mais encore de la faute légère. Il n'y a que la faute très-légère pour laquelle on ne saurait le rechercher [3].

1083. — En présence de ce résultat, il semblerait inutile de se préoccuper de la fraude. Celle-ci n'est, en effet, que la faute portée à son plus haut degré de gravité. Il y a donc un *à fortiori* incontestable pour la responsabilité de celui qui est tenu de la faute légère; mais si la fraude n'a que peu d'influence quant au principe de l'obligation, elle en exerce une puissante sur son application. Les dommages-intérêts prononcés à son occasion se calculent autrement que ceux encourus pour une simple faute. Il convient donc de rechercher ce qui la caractérise.

La fraude, comme la faute, réside dans un fait ayant occasionné un préjudice. Mais celle-ci peut être involontaire, la fraude jamais. Sans doute elle n'exige pas que l'intention mauvaise ait été préméditée; il suffit, il faut même que cette intention ait existé au moment de la consommation de l'acte préjudiciable, car si l'acte a été accompli de bonne foi, il peut constituer une faute, mais bien évidemment on ne pourrait y rencontrer une fraude.

Cette distinction est utile et sert à résoudre les difficultés que la qualification du fait peut faire naître. Il y aura faute, si ce fait est involontaire; il y aura fraude, s'il n'est que le produit d'une volonté évidente et certaine.

1084. — Or cette volonté est légalement présumée lorsque le fait est de telle nature qu'on ne peut lui prêter un autre mobile. Ainsi, qu'un administrateur ou qu'un gérant omette de faire une opération qui eût procuré de grands bénéfices, ce peut être une faute assez grave pour engager sa responsabilité; mais cette omission n'entraîne pas nécessairement l'idée de fraude. Les motifs allégués pour la justifier peuvent même en exclure tout soupçon.

Mais si l'administrateur, si le gérant, ne s'est pas contenté de s'abstenir; si cette opération qu'il a omis de faire pour le compte de la société, il l'a directement ou indirectement réalisée à son profit, il n'y a plus seulement faute, il y a fraude. Le motif de l'abstention se place alors naturellement dans une intention de s'avantager au préjudice de ses coassociés dont il devait, avant tout, protéger les intérêts. Cette intention est précisément ce qui constitue la fraude. On présumera donc celle-ci jusqu'à preuve contraire.

Il en serait de même du cas où l'administrateur ou le gérant aurait appliqué à son profit personnel les ressources sociales ou réglé ses propres dettes par l'emploi de la signature sociale. Des faits de cette nature, en regard des devoirs que sa position lui impose, sont exclusifs de toute idée de bonne foi. Or ce n'est que l'existence de celle-ci qui peut enlever à un fait le caractère de fraude et lui faire revêtir celui d'une faute plus ou moins légère.

1085. — La responsabilité, en cas de fraude ou de faute, s'apprécie relativement à chaque opération et non sur l'ensemble de la gestion. L'associé qui procure un gain à la société n'accomplit qu'un devoir dont il ne pourrait se prévaloir pour se soustraire à la juste indemnité que sa faute ou sa fraude lui fait encourir. C'est dans ce sens que l'article 1850 prohibe toute compensation entre la perte résultant de la faute et le profit réalisé dans d'autres affaires.

[1] Procès-verbal du 5 janvier 1804, no 18.
[2] *Contrat de société*, no 24.
[3] Troplong, art. 1850, no 576.

1086. — La distinction entre la faute et la fraude est encore utile pour l'appréciation du droit de demander, à toutes les époques, la dissolution de la société.

La fraude confère incontestablement ce droit à tous et à chacun de ceux qui en sont les victimes. Celui qui a trompé ses associés, qui a cherché à s'avantager à leur préjudice, s'est rendu indigne non-seulement du mandat qui lui aurait été confié, mais encore de la qualité d'associé. Il a, en effet, ouvertement violé cette fraternité sur laquelle la société repose, substitué une juste méfiance à cette confiance réciproque qui en fait la base. Son passé enlève à l'avenir toutes garanties et rend conséquemment inévitable la rupture de toutes relations.

La faute, au contraire, ne donne pas nécessairement lieu à la dissolution. La bonne foi de celui qui l'a commise ne fait sans doute nul obstacle à ce qu'il soit tenu de la réparation du préjudice, mais elle doit puissamment influer sur la question de savoir s'il y a, ou non, lieu de résoudre le lien social. Il n'y a aucune assimilation possible entre celui qui, par un défaut de prévoyance ou de capacité, a involontairement causé un dommage qu'il supporte d'ailleurs lui-même proportionnellement, et celui qui, dans un but de cupidité, a déloyalement cherché à s'avantager au préjudice de ceux qui lui avaient confié leurs intérêts. On ne peut donc appliquer les règles de la fraude à la faute, à moins que, par sa gravité, elle donne lieu de suspecter la bonne foi de son auteur.

1087. — Mais la faute suffit pour autoriser le retrait du mandat conféré par l'acte social. Aux termes de l'article 1856, le pouvoir donné dans cet acte ne peut être révoqué pendant la durée de la société, à moins d'une cause légitime. Or la faute reprochée à l'administrateur ou au gérant constituerait cette cause légitime. Les associés ne députent l'un d'entre eux que parce qu'ils lui supposent l'aptitude et la capacité exigées par les fonctions qu'ils lui confient. Sa gestion les forçant à modifier leur opinion, il est juste de leur permettre de revenir sur un choix que rien ne justifie plus, et à révoquer des fonctions qui pourraient offrir des fautes nouvelles, si elles restaient dans les mêmes mains.

1088. — En thèse ordinaire, le sort d'une société, valablement et légalement constituée, ne saurait dépendre du caprice et de la légèreté d'un associé. En conséquence, la dissolution, uniquement fondée sur la volonté de l'un d'eux, devrait être repoussée. Il en serait autrement si la dissolution n'était que la conséquence d'un vice, soit intrinsèque, soit extrinsèque, déterminant la nullité de la société, comme si, par exemple, l'acte d'une société commerciale n'avait pas reçu la publicité voulue par la loi. Chaque associé, pouvant faire valoir cette nullité, pourrait, par une déduction naturelle, faire ordonner la dissolution.

1089. — Le législateur a cependant admis une exception à l'interdiction de demander isolément la dissolution. L'article 1865 dispose, en effet, que la société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de ne plus en faire partie. Mais, cette exception pouvant devenir un instrument redoutable de fraude, on n'est recevable à en revendiquer le bénéfice qu'aux conditions suivantes :

1090. — 1° Que l'acte de société n'ait fixé aucun terme à sa durée [1]. Le législateur ne s'est pas dissimulé la gravité de l'atteinte que l'article 1865 porte au droit commun ; il n'a pas perdu de vue cette maxime d'équité et de raison : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis* [2]. Il ne s'est donc décidé à la consacrer que dans des hypothèses recommandées et légitimées par des motifs considérables.

Ces motifs, il les a trouvés dans la perpétuité de la société que l'acte laisse illimitée. En effet, indépendamment de la répugnance, à diverses reprises manifestées par la loi, pour les engagements enchaînant la vie entière, et pouvant par cela même compromettre la liberté de celui qui les a souscrits, une pareille société serait, dans bien des cas, destinée à survivre aux éléments qui en formaient la base. La confiance réciproque, l'esprit d'union et de fraternité peut ne pas se continuer perpétuellement. Maintenir la société alors que l'une et l'autre auraient disparu, par le seul effet du temps, c'était rendre la société une véritable chaîne odieuse, insupportable, contraire même aux intérêts de toutes les parties. Le désir d'éviter un pareil écueil justifie complétement la décision sanctionnée par le législateur, dans laquelle Troplong ne voit, avec raison, qu'une loi de prudence [3]. Or, puisqu'on n'a à le redouter que dans les sociétés perpétuelles, la condition de cette perpétuité, exigée par l'article 1869, se trouve parfaitement justifiée.

De cette condition résulte donc que l'exception la plus péremptoire à la dissolution pour-

[1] Art. 1869.
[2] L. 5, Cod., *de oblig. et act.*
[3] Art. 1869, 1870, n° 966.

suivie par un des associés, réside dans la preuve qu'un terme a été convenu dans le pacte social. Or, à ce sujet, il n'est pas hors de propos de rappeler que le terme n'a pas besoin souvent d'être expressément stipulé; qu'il est naturellement indiqué soit par l'objet de la société même, soit par sa nature. C'est donc par la détermination de l'une et de l'autre qu'on résoudra si la société est ou non perpétuelle. L'existence d'un terme implicite ou explicite, faisant évanouir ce caractère, soumet la demande en dissolution aux règles tracées par l'article 1871.

1091. — 2° Que la renonciation de l'associé soit faite de bonne foi.

Le législateur, mû par les considérations que nous venons d'exposer, n'a pas voulu consacrer des liens éternels, mais il n'a pas entendu que la faculté de les dissoudre pût, dans aucun cas, couvrir une fraude préjudiciable. C'est donc à celui qui prétend user de cette faculté à prouver qu'il remplit la condition que nous examinons, c'est-à-dire qu'il agit de bonne foi, sauf la preuve contraire, réservée de plein droit à ses associés.

1092. — Aux termes de l'article 1870, la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul les profits que les coassociés s'étaient proposé de retirer en commun. Cette intention est de plein droit présumée lorsque, après avoir renoncé, l'associé fait pour son compte personnel une opération que la société devait faire avec sa participation et son concours. *Si societatem ineamus*, dit le jurisconsulte Paul, *ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renunciasti societati ut solus emeres, tenebis quanti interest mea* [1].

1093. — Pothier offre cet autre exemple d'une renonciation frauduleuse : Durant le cours d'une société de tous biens que j'ai contractée avec vous, un de mes amis, étant au lit de la mort, m'avertit qu'il m'a institué son héritier; je vais vite vous notifier que je n'entends plus être en société avec vous. Cette renonciation étant faite dans la vue de m'approprier la succession de mon ami, qui aurait dû tomber dans la société, est nulle, comme faite de mauvaise foi, et n'empêchera pas que cette succession n'y tombe, s'il y a du bénéfice [2].

1094. — Au reste, comme toutes les questions de fait, celle de savoir si la renonciation est ou non frauduleuse est abandonnée à la prudence et aux lumières des magistrats. La loi s'est contentée de poser le principe constitutif de la fraude. De quelque manière que le juge arrive à la conclusion, il lui suffit d'établir que, dans sa conviction, la renonciation a pour objet l'acquisition exclusive du bénéfice devant tomber dans la masse commune, pour qu'il doive ne pas s'y arrêter.

1095. — 3° Que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps.

La loi, s'expliquant elle-même sur ce caractère de la renonciation, la déclare à contre-temps lorsqu'elle est faite dans un moment où les choses ne sont plus entières, et où il importe à la société que sa dissolution soit différée [3].

Il est, en effet, des circonstances qui rendraient une dissolution immédiate désastreuse pour tous les associés. Ainsi une société de commerce a fait des achats importants. Une baisse considérable des denrées qui en ont fait l'objet lui imposerait une perte certaine, si la dissolution la contraignait de revendre actuellement. Il lui convient donc d'attendre, et cette convenance chaque associé doit en subir les effets. Elle ferait donc repousser la demande en dissolution.

Vainement l'associé renonçant voudrait-il démontrer qu'il a, lui, un intérêt pressant à une dissolution immédiate. Dans l'appréciation de l'à-propos d'une renonciation, on doit exclusivement se placer au point de vue de l'intérêt social, sans tenir aucun compte de l'intérêt privé des associés. C'est ce qu'enseignait le droit romain : *Hoc ita si societatis interest non diremi societatem; semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit* [4].

1096. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune? C'est de lui enlever toute validité et partant toute efficacité. Ainsi, nonobstant la renonciation inopportune, la société continue d'exister. L'associé renonçant n'en reste pas moins soumis aux obligations et aux devoirs que sa qualité lui impose.

La renonciation frauduleuse oblige son auteur à rapporter à la masse, non-seulement le gain illicite qu'il se proposait, mais encore celui qu'il n'a pu prévoir au moment de sa renonciation et qui lui est échu depuis, pourvu cependant qu'il dût tomber en société. En effet, la nullité de la renonciation, à quelque époque qu'elle soit prononcée, remonte au jour de sa date. Conséquemment la société n'a pas cessé

[1] L. 65, § 4, Dig., *pro socio*.
[2] *Des Sociétés*, n° 150.
[3] Art. 1870.
[4] L. 65, § 5, Dig., *pro socio*.

d'exister et d'acquérir tout ce qui devait lui appartenir.

De là il suit encore que les pertes éprouvées par la société, depuis la renonciation, ne laisseront pas que d'être proportionnellement à la charge du renonçant, et, enfin, que la société pourra le faire condamner à réparer, par des dommages-intérêts, le préjudice qu'elle a éprouvé de son défaut de concours, si ce concours, ayant paru indispensable ou utile, avait été stipulé dans l'acte social.

1097. — Au demeurant, il importe de remarquer, avec Troplong, que la nullité de la renonciation est purement relative. Tous les associés, excepté le renonçant, sont admis à la faire valoir. De là il suit que si l'opération, en vue de laquelle la renonciation a été notifiée, s'est soldée par une perte au lieu d'offrir le bénéfice espéré, cette perte peut rester étrangère à la société; que les bénéfices que la société a réalisés après la renonciation peuvent lui être exclusivement acquis. Ce double résultat serait la conséquence forcée de l'acceptation que les associés feraient de la renonciation, que seuls ils peuvent quereller.

En définitive donc, celui qui renonce frauduleusement agit plutôt contre son propre intérêt que contre celui de ses coassociés. Il s'expose, en effet, à voir ceux-ci soit lui demander compte du gain qu'il a illégitimement recherché et le faire contribuer aux pertes essuyées depuis la renonciation; soit lui laisser exclusivement la perte faite sur l'opération frauduleuse et lui refuser sa part dans les bénéfices par eux réalisés. On peut donc dire de lui ce que le jurisconsulte Paul dit de l'associé renonçant avant l'expiration du terme convenu : *Socium a se, non se a socio liberat* [1].

1098. — Dans les sociétés dont le terme a été stipulé soit explicitement, soit implicitement, l'exécution littérale n'offre plus l'inconvénient attaché à un engagement perpétuel. Le législateur revient donc purement à la règle que nous avons déjà indiquée : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* En conséquence, la dissolution de la société ne peut être demandée par un des associés, avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs [2]. L'associé qui renoncerait contrairement à cette disposition ferait donc un acte sans aucune efficacité; il serait à l'instar de celui qui renonce frauduleusement ou en temps inopportun et s'exposerait aux mêmes résultats.

1099. — Les motifs pouvant légitimer la demande en dissolution sont indiqués, mais non limités par l'article 1871. C'est ce qui s'induit non-seulement de la généralité de ses termes, mais encore de l'appel qu'il fait à l'arbitrage du juge pour l'appréciation des causes qu'il n'énumère pas spécialement. Il suffirait donc que celles invoquées par l'associé fussent jugées graves pour qu'on admît la dissolution. Nous avons déjà dit que la fraude dans l'administration ferait inévitablement dissoudre la société.

1100. — Si les prétentions de l'associé sont repoussées, la société continue d'exister jusqu'à son expiration. Mais ici peut s'offrir une importante difficulté. Supposez que l'associé réclamant soit précisément celui qui est le gérant indispensable de la société, celle-ci ne consistant que dans l'exploitation de l'industrie par lui apportée; supposez encore qu'après le jugement qui refuse la dissolution, il persiste dans son projet de retraite. Comment assurer l'exécution de ce jugement? Comment refuser la dissolution, si la volonté d'abandonner la gestion est nettement indiquée au juge avant qu'il ait prononcé?

1101. — Placée dans une position de ce genre, la cour de Lyon a cru pouvoir admettre une exception à l'article 1871. Dominée par cette pensée que les obligations de faire se résolvent en dommages-intérêts, elle a pensé que la dissolution était forcée, sauf le payement de ces dommages, et c'est ce qu'elle ordonne par son arrêt du 18 mai 1823.

1102. — Cet arrêt n'a pas seulement le tort de créer à l'article 1871 une exception que repousse la généralité de ses termes, il viole, en outre, ce principe écrit dans les règles générales en matière d'inexécution : que la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le droit de demander le maintien de l'obligation.

Il est vrai que si l'exécution en est impossible, on doit la remplacer par une allocation de dommages-intérêts, mais l'impossibilité est ici laissée à l'appréciation de la partie intéressée, seule juge des moyens à l'aide desquels elle espère la faire disparaître.

Sans doute ces moyens ne peuvent aller jusqu'à faire appréhender le débiteur au corps pour l'obliger *manu militari* à faire ce qu'il refuse de faire. C'est ce que l'article 1142 a pour objet d'empêcher. Mais ce que la loi a pu et dû permettre, c'est de vaincre la mauvaise volonté du débiteur en rendant l'exécution d'un tel intérêt pour lui, qu'il ne puisse longtemps s'y sous-

[1] L. 65, § 6, Dig., *pro socio.*

[2] Art. 1871 du Code civil.

traire. A cet effet, l'allocation d'une somme déterminée par chaque jour de retard se recommande à l'attention du créancier, à celle de la justice.

Ainsi, quelle que soit la partie qui se refuse à remplir son engagement, elle ne saurait, se prévalant de sa propre faute, obtenir la dissolution contre l'opposition de l'autre partie. En demandant l'exécution du contrat, celle-ci ne fait qu'user d'un droit que la loi lui donne, et sur la conservation duquel la justice doit veiller. On doit donc, sur ses réclamations, maintenir le contrat, en ordonner l'exécution sous peine de payer une somme déterminée par chaque jour de retard. Admettre la résiliation serait non-seulement violer la loi, mais encore donner une prime à l'impudence. Comment, en effet, qualifier autrement le langage de celui qui viendrait dire à ses juges : « Je ne veux pas remplir mon obligation, et cette volonté je vous défie de ne pas la prendre en considération. Condamnez-moi à des dommages-intérêts, mais déliez-moi de mes engagements. » Un pareil langage, s'il pouvait être efficace, décèlerait dans la loi une bien regrettable lacune et une impuissance qui n'existe heureusement pas.

1103. — La dissolution par l'échéance du terme de la société ou par suite d'une décision judiciaire fait cesser les rapports entre associés et substitue l'intérêt privé de chacun d'eux à l'intérêt général qui les avait unis jusque-là. Ses effets immédiats sont la liquidation et le partage.

Ce dernier est régi par les principes que nous avons déjà exposés. Le droit de chaque associé s'établit par les stipulations de l'acte social. Il reçoit les bénéfices et contribue aux pertes dans les proportions de son intérêt social.

Un effet plus immédiat encore de la dissolution, c'est de révéler le mode de gestion et les fautes que le gérant a pu commettre. Jusque-là, en effet, l'ensemble de l'administration est resté dans un certain vague que l'obligation de rendre compte doit nécessairement faire disparaître.

1104. — Ce compte doit être le résumé fidèle de la gestion, il doit avoir sa base et son contrôle dans les écritures sociales. L'irrégularité de celles-ci jette donc sur le compte des soupçons au bout desquels se trouvent bien souvent l'infidélité et la fraude.

1105. — La négligence dans la tenue des écritures est au moins une faute. Elle a pour effet d'empêcher les associés de contrôler les allégations du compte, d'en vérifier l'exactitude, d'en prouver l'infidélité. L'intérêt que le gérant a incontestablement à ce triple résultat doit commander une extrême circonspection dans l'appréciation de sa conduite. Une allocation de dommages-intérêts, plus ou moins élevée, pourrait être la peine de la négligence, à plus forte raison d'une irrégularité flagrante.

1106. — Le gérant est obligé de restituer non-seulement les livres, mais encore tous les papiers sociaux. Le défaut de livres ou leur insuffisance est une faute extrêmement grave. En effet, elle a nécessairement les résultats que nous venons d'indiquer, et à un degré encore plus prononcé de nocuité pour les associés, d'avantage pour lui. Comment avec des écritures insuffisantes juger sainement des opérations remontant à plusieurs années? Comment reconnaître une omission, justifier une élévation dans les recettes, une exagération dans la dépense?

L'absence ou l'insuffisance des livres substitue donc le doute et l'obscurité à l'exactitude et à la précision si désirables en cette matière. La fraude peut en cet état être facilement supposée, et cette facilité, éveillant la juste susceptibilité de la justice, ferait non-seulement accueillir les modifications appuyées sur des présomptions graves, mais encore condamner l'associé chargé des écritures à des dommages-intérêts.

1107. — La soustraction totale ou partielle des livres ou écritures est une fraude caractérisée. L'intention dont elle est l'exécution ne peut être douteuse, et mérite toute la sévérité de la justice. Les associés peuvent dans ce cas demander la production matérielle avec peine d'une somme déterminée par chaque jour de retard, ou se borner à réclamer des dommages-intérêts suffisants pour les indemniser de tout préjudice.

Dans l'un et dans l'autre cas, la demande est susceptible d'être différemment appréciée, selon qu'il s'agit d'une soustraction totale ou d'une soustraction partielle.

Rien ne saurait justifier la première, mais la seconde peut être plus ou moins nuisible, selon le caractère des livres en faisant la matière. Si ces livres ne sont pas indispensables pour arriver à un règlement équitable ; si le contrôle réservé aux associés peut utilement être fourni par les écritures produites, l'excuse de bonne foi pourrait être accueillie. L'intention qui a fait disparaître un livre auxiliaire, suppléé par les livres principaux, n'est pas nécessairement frauduleuse, le préjudice peut en réalité ne pas exister ou du moins n'exister que dans des proportions minimes. Or, comme c'est surtout pour réparer celui-ci que des dommages-intérêts sont dus, on pourrait soit les refuser, soit les réduire dans les mêmes proportions.

Mais si la soustraction porte sur les livres principaux, on n'aurait pas à la distinguer de la soustraction totale. L'effet étant le même, la peine serait identique.

1108. — Au reste, il importe aux associés d'opposer au gérant toutes les objections leur compétant, avant le règlement matériel du compte; après ce règlement, le compte est définitif. Toute réclamation ultérieure viendrait échouer devant l'article 541 du Code de procédure civile.

1109. — Cet article prohibe toute révision des comptes, et son applicabilité, en matière de société civile ou commerciale, ne saurait faire l'objet d'un doute sérieux. Les motifs qui l'ont dicté ne manquent pas de gravité, le législateur a compris que le comptable régulièrement déchargé de sa gestion, par un arrêté de compte, n'a plus le même intérêt dans la conservation des pièces en formant les éléments; qu'en cet état, le soumettre de nouveau à rendre son compte serait le placer dans la nécessité de faire ce qu'il n'est plus réellement en position d'accomplir.

La prohibition de l'article 541 ne reçoit exception que dans un seul cas, à savoir : lorsque l'arrêté de compte a été surpris par dol, extorqué par fraude ou ravi par violence. La preuve de l'un ou de l'autre entraînerait la nullité du contrat, et ferait remettre les parties dans le même état qu'avant. Cette exception, loin de détruire la règle, ne fait que la confirmer; ce ne serait pas en effet une révision du compte dont il s'agirait dans cette hypothèse. Le règlement frauduleux ou dolosif est censé n'avoir jamais existé, ce serait donc ce règlement qu'il s'agirait d'accomplir.

Si l'arrêté de compte n'est pas attaqué sous ce rapport ou si, reproché à ce point de vue, il a été maintenu, l'article 541 reprend tout son empire, toute révision est écartée de plein droit.

1110. — Reste l'action en redressement pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, que l'article 541 réserve lui-même. La nature de cette demande se détermine par la disposition entière de cet article. Évidemment l'action en redressement est autre chose que l'action en révision, sinon il faudrait reconnaître que le législateur a permis à la fin de l'article ce qu'il proscrit formellement au commencement.

Ce qu'il faut en conclure, c'est que par la défense de reviser le compte, la loi n'a pas voulu empêcher des réclamations, dont l'existence ultérieure ne se réalise tardivement que parce que les griefs qu'elles révèlent n'ont été découverts qu'après l'arrêté du compte. Des erreurs, des omissions, des faux, des doubles emplois, ne doivent profiter ou nuire à personne, on doit les réparer en maintenant toutefois les effets généraux du règlement des comptes.

De là il suit que, pour être recevable, l'action en redressement doit être nettement déterminée dans son objet. On ne doit pas se borner à prétendre en termes généraux et vagues qu'on a à signaler des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois; il faut relever les articles du compte renfermant le vice reproché, fournir les pièces établissant l'erreur ou l'omission. Celui-là donc qui, sans offrir ce détail, se contenterait de soutenir qu'il est victime, qui même, sur le fondement de certaines pièces, se bornerait à prétendre que le reliquat du compte est erroné, devrait être déclaré non recevable et succomber dans ses prétentions [1].

En d'autres termes, l'action en redressement laisse à l'arrêté du compte toute son autorité, il y a lieu seulement d'ajouter ou de retrancher jusqu'à concurrence des sommes omises ou portées en plus. Il faut donc nécessairement signaler les articles querellés dans l'un ou l'autre sens. Se renfermer dans des généralités, ce n'est pas vouloir faire redresser le compte, c'est en demander un second ou tout au moins reviser le premier; c'est, dans l'un ou l'autre cas, exiger ce que proscrit l'article 541.

SECTION VI.

FRAUDES DANS LES PRÊTS.

SOMMAIRE.

1111. — Diverses espèces de prêt.
1112. — Nature du commodat.
1113. — — du prêt de consommation.
1114. — Prêt à intérêt. — Historique.
1115. — En quoi consiste l'usure.
1116. — Critiques du droit que se réserve le législateur de déterminer un maximum d'intérêt. — Opinion des scolastiques, de Turgot, de J. Bentham.
1117. — Réfutation quant à l'utilité de ce droit.
1118. — — quant à la convenance.
1119. — Réformes dont la loi de 1807 serait susceptible.
1120. — Défaut de proportions entre les intérêts qu'il consacre et le revenu foncier.
1121. — Véritable valeur de l'argent en matière commerciale.
1122. — Abus du taux commercial appliqué aux lettres de change souscrites par des non-commerçants.
1123. — Ou aux prêts commerciaux faits par nantissement ou par crédit hypothéqué.
1124. — Résumé.
1125. — L'usure ne peut exister que dans le prêt. — Simulations nombreuses qui résultent de cette condition.

[1] Chauveau sur Carré, art. 541; cass., 2 mars 1831; Bourges, 21 août 1831.

1126. — Les questions d'usure présenteront donc plutôt des difficultés sur l'intention des parties que des difficultés de droit.
1127. — Exemple d'usure dans un contrat de mariage.
1128. — Erreur dans laquelle est tombé Dalloz sur la portée véritable de l'arrêt de la cour de Riom.
1129. — La doctrine de cet arrêt ne pourrait être admise sous l'empire de la loi de 1807.
1130. — Difficultés sur les droits que l'usage attribue aux banquiers, en sus de l'intérêt légal.
1131. — Nature de la commission.
1132. — — de l'escompte.
1133. — — du change.
1134. — Légalité de ces droits contestée par plusieurs auteurs, Chardon, Duvergier, Fremery, notamment.
1135. — Réfutation.
1136. — L'escompte ne saurait être considéré comme un intérêt conventionnel. — Opinion conforme de Troplong.
1137. — Nature véritable du change.
1138. — Facilité que ces divers droits donnent pour déguiser l'usure. — Conséquences.
1139. — On reconnaîtra la vérité de l'escompte d'abord au taux auquel il a été établi.
1140. — A la nature réelle de l'opération. — *Quid* s'il s'agit d'un billet directement souscrit par le cédant lui-même?
1141. — La même difficulté peut se présenter pour le change. — Solution.
1142. — *Quid* s'il existe une supposition de lieu?
1143. — Jugement du tribunal de commerce de Marseille, confirmé par arrêt d'Aix, dans une espèce où la supposition de lieu n'avait pas fait obstacle à l'existence du contrat de change.
1144. — Le droit de commission peut-il être prélevé en l'absence d'un crédit ouvert par le banquier?
1145. — Exception au principe admis par l'article 1154, en matière d'anatocisme.
1146. — La commission du banquier peut-elle être prélevée sur le solde reporté à nouveau?
1147. — Pour que la capitalisation trimestrielle des intérêts puisse être effectuée, il faut que le compte existe entre négociants, et que le compte ait été réellement arrêté.
1148. — Le banquier peut-il prélever une commission sur chaque renouvellement des billets souscrits par un non-commerçant?
1149. — Usure consistant à fondre les intérêts avec le capital.
1150. — Première objection que la preuve testimoniale fera surgir.
1151. — Deuxième objection.
1152. — La preuve de l'usure acquise, quel sera le sort de l'acte?
1153. — La rétention des intérêts au moment de l'acte constitue une usure.
1154. — Peut-on stipuler que les intérêts d'un capital fourni en argent seront payés en denrées?
1155. — *Quid* si le prêt a été fait en denrées?
1156. — La loi de 1807 ne régit pas le prêt qui offre une chance aléatoire. — Application de cette règle à la caisse hypothécaire.
1157. — Application au contrat à la grosse.
1158. — Supposition de l'existence d'un contrat à la grosse pour déguiser l'usure.
1159. — Application de la règle concernant la chance aléatoire à la cession.
1160. — Au contrat de rente en viager.
1161. — Exemple d'usure déguisée sous l'apparence d'une rente viagère.
1162. — Exemple d'usure déguisée sous la forme d'une donation. — Comment elle s'apprécie.
1163. — Doctrine de Pothier.
1164. — Arrêt conforme de Bordeaux et de la cour de Pau.
1165. — Exception que cette doctrine comporte.
1166. — *Quid* de la donation faite après payement?
1167. — L'usure peut résulter de l'exigence de services personnels appréciables en argent.
1168. — Comment et par quel mode reconnaît-on qu'un service est ou non appréciable en argent.
1169. — L'usure peut se déguiser sous le contrat de société.
1170. — Elle se dissimule facilement sous l'apparence d'une vente d'objets mobiliers.
1171. — Dans quels cas peut-on quereller d'usure une vente de marchandises faite par un commerçant?
1172. — La vente pure et simple d'un immeuble peut ne déguiser qu'un prêt usuraire. — Espèce jugée par la cour de Paris.
1173. — Reproche adressé à l'arrêt.
1174. — Nature de la vente à réméré. — Répulsion qu'elle a inspirée au législateur.
1175. — Raisons qui l'ont fait maintenir dans le Code.
1176. — Circonstances devant la faire considérer comme un contrat pignoratif.
1177. — La réunion de ces circonstances est-elle indispensable.
1178. — Nécessité de l'existence du pacte de rachat.
1179. — Effet de la vileté du prix et du pacte de rachat.
1180. — Effet du concours de celui-ci avec la relocation.
1181. — Conséquences de la déclaration que la vente n'est qu'un contrat pignoratif.
1182. — Usure déguisée sous la forme du contrat d'échange.
1183. — Devoir que cette facilité, pour l'usure, à se déguiser, impose aux tribunaux.
1184. — L'usure ne devient un délit que par l'habitude. — Mais chaque fait spécial donne ouverture à une action en faveur de la partie lésée.
1185. — Objection tirée de l'article 1341, opposée à la preuve testimoniale du délit d'habitude d'usure repoussée par la cour de cassation.
1186. — La même objection, appliquée à la poursuite de l'action de la partie lésée, consacrée par la cour de Pau, et admise par Sirey.
1187. — Le système contraire a triomphé en doctrine et en jurisprudence.
1188. — Consacré par le simple bon sens.
1189. — Faculté pour les juges d'admettre les présomptions graves et précises.
1190. — Ou de déférer le serment supplétoire.
1191. — Extrême prudence avec laquelle ils doivent procéder.
1192. — Faut-il, comme l'enseigne Chardon, ne le déférer qu'au débiteur?
1193. — Conséquences de l'usure reconnue sur l'exécution du contrat.
1194. — L'action ouverte au débiteur passe à ses héritiers et ayants cause. — Elle peut être exercée par ses créanciers.
1195. — Cette action ne peut être jointe avec celle du ministère public en répression du délit.
1196. — Ce qui est jugé sur celle-ci ne peut influer en aucun sens sur l'instance au civil.
1197. — La fin de non-recevoir tirée de la chose jugée ne peut résulter que du jugement consacrant définitivement la légitimité de la créance.

1198. — Mais l'exception d'usure peut être proposée pour la première fois en appel.
1199. — L'exception de chose jugée résulterait-elle d'un jugement validant une saisie faite en vertu du titre.
1200. — L'usure ne pouvant être couverte, l'action ne saurait être écartée sous prétexte de ratification ou de transaction, à moins que l'une ou l'autre se fût réalisée après la libération.
1201. — De quel moment commence à courir la prescription?
1202. — Par quel délai est-elle acquise pour l'usure ordinaire?
1203. — Quel est le délai pour l'usure palliée?
1204. — Durée de l'exception.

1111. — La loi distingue trois sortes de prêts : 1° celui des choses dont on peut user sans les détruire, c'est le prêt à usage ou commodat; 2° celui des choses se consommant par l'usage, soit le prêt de consommation; 3° enfin, le prêt à intérêt.

La gratuité, qui est de l'essence de chacun d'eux, ne permet guère de prévoir une fraude, de la part du prêteur surtout. Cependant, comme il en résulte pour chaque partie des obligations et des droits, la fraude consommée dans l'exécution des premières, ou qui tendrait à annihiler les autres, donnerait lieu à une adjudication de dommages-intérêts.

1112. — A vrai dire, le commodat est une véritable cession de jouissance, une location, en quelque sorte. Dès lors, c'est par les règles que nous avons exposées dans notre section IV que se résoudront les difficultés soulevées sur l'exécution des obligations soit du bailleur, soit du preneur.

1113. — D'autre part, le prêt de consommation peut être assimilé à la vente. Ce qui en fait la matière, c'est la chose prêtée, qui devient la propriété de l'emprunteur et dont il peut disposer à son gré. Ce qui représente le prix, c'est l'obligation de restituer une chose de même quantité et qualité. L'exécution du prêt, c'est-à-dire la délivrance, la garantie des vices cachés, l'obligation de restituer au terme convenu, les fraudes que peuvent se permettre les parties, se trouvent donc naturellement régies par les principes que nous avons déjà exposés en parlant de la vente, et auxquels nous nous contentons de nous référer.

1114. — Nous arrivons au prêt à intérêt, qui se recommande si hautement à l'attention des magistrats et des jurisconsultes par la facilité avec laquelle il devient un instrument de fraude. Notre ancienne législation ne le tolérait qu'avec aliénation du capital et proscrivait sévèrement tout profit autre que la rente au taux légal et convenu.

Ces dispositions de la loi civile étaient conformes aux prescriptions enseignées par la théologie. Armée de quelques passages de l'Écriture, l'Église s'était formellement prononcée contre le prêt à intérêt sans aliénation du capital.

Notre intention n'est pas de discuter la vérité de cette prohibition, de rappeler les diverses phases du prêt à intérêt, les attaques qu'il a subies, la défense dont il a été l'objet; on ne saurait, sur tous ces points, dire plus et surtout dire mieux que ne l'a fait Troplong dans sa préface du *Commentaire sur le prêt*. Nous renvoyons donc ceux qui voudraient être complétement édifiés sur les vicissitudes que le prêt à intérêt a traversées, au tableau si complet, si lucide qu'en a tracé cet habile et éminent magistrat.

Quant à nous, il nous suffit de trouver ce contrat inscrit dans notre Code pour que nous ayons à l'examiner sous le rapport de notre matière et à nous occuper des fraudes dont il peut devenir l'occasion. La principale de celles que le prêteur peut se permettre est, sans contredit, l'usure.

1115. — En droit romain, l'usure signifiait l'intérêt que l'argent pouvait produire; en France, et à toutes les époques, l'usure n'a pas été prise dans cette acception, elle a toujours désigné le gain illicite que des prêteurs avides ont tenté de se procurer, soit par la violation expresse de la loi prohibitive, soit en stipulant des intérêts au-dessus du taux légal.

Il importe, en effet, de remarquer que toutes les législations, en admettant le prêt à intérêt, se sont réservé le droit d'en déterminer le taux. C'est spécialement ce qu'a fait le Code civil. Ainsi, après avoir permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, le législateur ajoute immédiatement : L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi; l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas [1].

Le législateur se réserve donc la faculté de restreindre la volonté des parties et d'établir un *maximum* d'intérêt au delà duquel la convention ne créera aucun lien obligatoire. Ce droit du législateur semble au-dessus de toute contestation. Il est évident, en effet, que, puisqu'il a le pouvoir de prohiber le prêt à intérêt, il a par cela même, en le consacrant, le droit de lui imposer telles limites qu'il croit indispensables à la sécurité de l'État et à l'ordre public. Cependant ce droit a été méconnu tant sous le rapport de son

[1] Art. 1907 du Code civil.

existence que sous celui de la convenance de son exercice.

1116. — Les scolastiques, d'une part, l'ont contesté en niant *a priori* la faculté de permettre un intérêt quelconque. Retirer un intérêt alors qu'on n'aliène pas le capital, c'est, à leurs yeux, contrevenir à l'esprit de la religion et violer le principe de la gratuité du prêt : ***Mutuum date, nihil inde sperantes.*** Cette objection a été repoussée par une plus saine interprétation des passages sur lesquels elle se fonde; on a prouvé qu'ils renferment des principes de charité sublime, plutôt que des préceptes de justice rigoureuse [1].

Turgot ne s'est pas contenté de réfuter l'opinion des canonistes, il va plus loin, et après avoir recherché l'origine et les caractères du prêt à intérêt, il soutient que ce prêt dérive du droit naturel bien supérieur à toutes les législations; qu'en conséquence la faculté d'exiger un intérêt de son argent, n'étant que la conséquence du droit de propriété, ne peut être refusée par le législateur; il lui conteste donc le pouvoir de la réglementer, la détermination du taux de l'intérêt devant être abandonnée à ses éléments naturels, c'est-à-dire aux chances du commerce lui-même.

D'autres publicistes éminents s'expriment plus énergiquement encore. L'un d'eux ne voit dans l'usure même ***que la liberté pour les individus de faire leur condition comme ils le jugent convenable.*** Il se résume, en conséquence, dans cette proposition : ***Que nul homme parvenu à l'âge de raison, jouissant d'un esprit sain, agissant librement et en connaissance de cause, ne doit être empêché, même par des considérations tirées de son avantage, de faire comme il l'entend tel marché que ce soit dans le but de se procurer de l'argent, et que, par conséquent, personne ne peut être empêché de lui donner ce qu'il demande aux conditions qu'il veut bien accepter*** [2].

Pour Bentham, le grand *criterium* de la sagesse et de la convenance des lois est leur utilité. Cette qualité s'apprécie dans chaque disposition légale par la proportion des plaisirs et des peines en résultant, et par la supériorité de ceux-ci sur celles-là [3]. Soumettant ensuite à cette double recherche les lois répressives de l'usure, il arrive à conclure qu'elles sont sans efficacité, sans avantages aucuns pour ceux mêmes qu'elles ont pour but de protéger; qu'au contraire elles engendrent, au point de vue commercial, des inconvénients nombreux et graves ; qu'elles corrompent les mœurs, puisqu'elles provoquent à la délation, à la trahison, à l'ingratitude, en offrant à l'emprunteur une récompense pour l'encourager à violer ses engagements et à déchirer la main secourable qui lui a été tendue; que, dès lors, les inconvénients dépassant de beaucoup les avantages, ces lois ne sont ni convenables, ni sages. L'opinion contraire, ajoute-t-il, n'est due qu'à des préjugés que le mot *usure* nourrit et entretient depuis longtemps.

1117. — N'en déplaise à l'auteur, le concert de malédictions et de plaintes que l'usure a, de tous temps, soulevé, est un terrible argument contre sa thèse. L'opinion publique se trompe quelquefois, mais, quelle que soit la durée de son erreur, elle n'est jamais éternelle. La vérité finit par se faire jour et par triompher des ténèbres en obscurcissant l'éclat. C'est ainsi qu'on a vu et que nous voyons chaque jour des préjugés plus ou moins enracinés s'affaiblir, s'effacer et disparaître. Il faut donc induire, de ce que celui contre l'usure a traversé une succession de siècles sans avoir rien perdu de sa force, que, au fond, ce qui l'avait fait naître n'a rien que de très-réel. Il ne faut donc pas s'étonner qu'il ait survécu. Est-ce que les plaies de l'usure ne sont pas aussi hideuses, aussi saignantes qu'elles l'étaient dans les siècles précédents?

Nous le reconnaissons sans peine, au point de vue où se placent Turgot et Bentham, leur opinion ne manque pas d'une certaine gravité, et nous comprenons ce dernier s'écriant : Pourquoi m'empêcheriez-vous de demander le dix, le vingt pour cent d'un argent qui, par la spéculation, va en procurer quarante ou cinquante à mon emprunteur? Il est évident que, dans les hautes opérations de finance, de commerce ou d'industrie, l'usure est moins redoutable que dans les affaires ordinaires. Sa répression peut même conduire à l'anomalie signalée, mais le remède conduirait, lui aussi, à de singuliers résultats. Si on a pu, en effet, à l'origine de l'opération, stipuler un intérêt de dix ou de vingt pour cent, cet intérêt sera payable, alors même que la prévision sur laquelle il a été calculé ne se réaliserait pas et que l'emprunteur, loin de faire un bénéfice quelconque, ne retirerait qu'une perte même considérable. Serait-ce là de la justice?

La liberté illimitée réclamée par Bentham n'est donc pas dans le cas d'établir la proportion équitable entre le prêteur et l'emprunteur. Le

[1] Turgot, *Mémoire sur les prêts d'argent*, §§ 25 et suiv.
[2] Jérémie Bentham, *Défense de l'usure*, lettre première.
[3] *Idem, Traité de législation.*

moyen de le faire, notre droit l'a trouvé et admis. Nous avons vu, en traitant de la société, que le bailleur de fonds pouvait, outre et indépendamment de l'intérêt légal, stipuler une part déterminée dans les bénéfices; et ce moyen, admis par l'équité, est avoué par la plus stricte justice. En effet, le prêteur ne sera pas réduit à n'avoir que le six pour cent là où l'emprunteur en touchera vingt ou trente. D'autre part, la participation au bénéfice ne se réalisera que lorsqu'il y aura un bénéfice, et ainsi l'emprunteur ne payera, en cas de perte, que l'intérêt légitimement acquis au prêteur.

On le voit, l'anomalie signalée par Bentham s'évanouit et tombe sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'abrogation des lois prohibitives de l'usure.

Au reste, l'inconvénient fût-il réel et irréparable, son existence pourrait-elle prévaloir contre les conséquences de l'usure, au point de vue dont le législateur devait surtout se préoccuper? En effet, à côté de ceux que Bentham appelle les gens à projets et dans l'intérêt desquels il réclame la liberté illimitée de l'intérêt, existent le modeste commerçant, les travailleurs, les petits propriétaires. Osera-t-on soutenir, par rapport à eux, l'innocuité de l'usure? Mais une longue et triste expérience est là pour démontrer que ses exactions ont pour résultat leur ruine tellement inévitable, qu'on pourrait prédire avec certitude le moment où elle se réalisera. En présence d'un pareil état des choses, faut-il justifier le législateur et discuter les raisons qu'on oppose à l'exercice du droit de déterminer un *maximum* d'intérêt?

Nous ne pouvons d'abord admettre que celui qui s'abandonne en proie à l'usure agisse librement et en connaissance de cause. Personne n'accepte volontairement pour sa famille et pour lui la perspective presque assurée de la ruine et de la misère. Celui qui en court la chance ne le fait donc que vaincu par une nécessité invincible, que dominé par des besoins urgents, qu'entraîné par une passion funeste. Le contraire fût-il vrai, quel motif y aurait-il pour permettre à qui que ce soit de profiter d'une volonté évidemment pervertie? La loi ne peut empêcher matériellement le suicide; elle n'a pas même cru pouvoir en consacrer la prohibition; mais elle n'hésite pas à punir celui à qui on aurait eu recours pour l'accomplir et qui se serait prêté à sa consommation. Pourquoi donc n'aurait-elle pas fait pour le suicide moral ce qu'elle fait pour le suicide physique?

Sans doute il n'appartenait pas au législateur d'imposer, comme règles obligatoires, ces préceptes d'incommensurable charité qu'enseigne la loi divine; mais ce qu'il pouvait, ce qu'il devait faire, c'était de punir celui qui, voyant son prochain se jeter aveuglément au-devant du précipice, au lieu de le retenir, l'y plonge de sa propre main pour satisfaire une odieuse, une infâme avidité.

La répression de l'usure est donc hautement approuvée par la morale. Le droit que s'est réservé le législateur est donc parfaitement juste. Nous ajoutons qu'en le répudiant, il eût méconnu formellement la mission qu'il a à remplir.

Que l'usure touche à l'état politique des peuples, c'est ce qui ne saurait être nié sans faillir à la vérité la plus éclatante. L'influence qu'elle exerce sur le bien-être des citoyens, sur le payement des impôts, sur la tranquillité publique, la rend une question éminemment sociale et la recommande à l'attention spéciale de l'homme d'État. N'est-ce pas l'usure qui fut, à Rome, la cause de ces séditions qui menacèrent l'existence même de la république naissante? N'est-elle pas également indiquée par tous les historiens comme un des fléaux qui précipitèrent la ruine du Bas-Empire et le livrèrent en proie à l'invasion des barbares?

Oui, l'usure ne peut être considérée comme un malheur privé. Laissez-lui ses coudées franches, et vous la verrez s'attacher bientôt à tout ce qui fait la prospérité des États et en dessécher les sources. L'agriculture sera désertée, car elle ne produira pas de quoi satisfaire aux exigences d'un créancier avide; accablé sous un joug de fer, le cultivateur cessera bientôt d'exploiter son modeste héritage, lorsque les sueurs dont il l'inonde tourneront au profit exclusif du prêteur, qui ne tardera pas, d'ailleurs, à l'en chasser. Le commerce lui-même, au nom duquel on réclame la liberté illimitée, ne pourra bientôt plus suffire à ce ver rongeur, et ne pourra que languir et s'éteindre, et l'on contesterait au législateur le droit d'intervenir! Mais comment conçoit-on la mission que l'économie politique lui impose et quelle idée se fait-on de l'intérêt public?

Qu'on ne traite pas nos prévisions de craintes puériles, d'exagérations chimériques; nous ne faisons malheureusement que de l'histoire, dont le langage a souvent toute l'autorité d'un chiffre. Sans remonter même à des temps déjà éloignés, reportons-nous à ces temps d'entraînement qui virent proclamer la liberté absolue dans la stipulation des intérêts, et voici ce que nous trouverons: « On vit porter les intérêts à un taux « excessif, vingt, trente, quarante, cinquante

« et même soixante pour cent. La France compta « par milliers les ruines et les fortunes scandaleuses. L'usure, qu'aucun frein ne retenait « plus, fit irruption dans la société, elle s'y implanta et y jeta des racines tellement profondes, que la sévérité des lois et des magistrats « n'est pas encore parvenue à les extirper entièrement. L'ordre social eut tant à souffrir des « ravages de l'usure, qu'on sentit le besoin de « la proscrire de nouveau, et c'est alors que fut « rendue la loi du 3 septembre 1807 [1]. »

Ainsi, dix-huit ans de liberté absolue, de 1789 à 1807, avaient non-seulement rendu le mal présent dangereux et intolérable, mais encore grevé déplorablement l'avenir. Où en serions-nous arrivés si aux réclamations incessantes des populations désolées le législateur eût répondu qu'il n'avait pas le droit d'intervenir?

Ainsi l'*utilité* d'une loi répressive, ce grand *critérium* qu'exige Bentham, est parfaitement démontrée. Vainement fait-on observer que cette loi n'a pas mis fin à l'usure. Le législateur n'a pas pu être arrêté un instant par la pensée qu'on éluderait sa volonté. Tout ce qu'il devait faire d'ailleurs, c'était d'édicter une peine dans cette prévision, et c'est un devoir auquel la loi de 1807 n'a pas failli. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais un premier effet est obtenu. L'usure ne se manifeste plus le front haut et la démarche assurée, elle se cache, elle s'enveloppe dans le mystère et l'ombre au milieu desquels la sagacité de la justice sait et peut quelquefois l'atteindre et la punir.

1118. — La question d'utilité tranche celle de la convenance. Cependant les raisons qui ont fait contester cette dernière exigent un examen sérieux. Nous avouons même qu'en pareille matière une loi fixe, immuable, n'est pas dans la nature des choses; qu'elle est dans le cas de substituer le mensonge à la vérité, et de se placer en contradiction avec les intérêts qu'elle a pour objet de garantir.

Qu'est-ce, en effet, que l'intérêt? Les économistes ont beaucoup écrit sur la matière, sans cependant prendre à tâche de réduire la question dans les limites les plus nettes, dans les termes les plus simples. Say voit dans l'intérêt le profit du capital ainsi que celui du fonds de terre, et il le définit : le prix d'un service qui n'est pas un travail humain, mais qui est néanmoins un service productif, lequel concourt à la production des richesses, de concert avec le travail humain [2].

A travers ces expressions, qui ne pèchent pas par un excès de clarté, Say a sans doute voulu dire que le prêt n'exige aucun travail de la part du prêteur, qui acquiert, par la disposition qu'il fait temporairement de son capital, le droit de participer au bénéfice que le travail de l'emprunteur doit faire produire à ce capital. En d'autres termes, le capital est une propriété dont la jouissance, cédée à un tiers, est susceptible de produit en faveur du propriétaire. Le prêt n'est donc, en définitive, qu'un louage dont l'intérêt est le prix. Telle est aussi, nous l'avons dit, l'opinion de Turgot.

Cela posé, il semblerait en résulter que le taux de ce loyer doit être abandonné à la libre disposition des parties, ou du moins n'obéir qu'aux fluctuations que feront surgir les causes de nature à exercer sur son cours une influence nécessaire.

Or ces causes sont : 1° l'abondance ou la rareté de l'argent. Chacun convient, en effet, que c'est là un des éléments essentiels pour la fixation de l'intérêt, dont la détermination se règle sur la quantité des capitaux disponibles et prêtables; qu'ainsi le taux est naturellement bas dans les pays riches, élevé dans les pays pauvres.

Mais pour que l'abondance ou la rareté du numéraire ait une influence réelle sur le cours des intérêts, il faut que l'une ou l'autre trouve sa cause dans un fait purement commercial, à savoir : la diminution ou l'augmentation des besoins des travailleurs. Donc l'accroissement des richesses, entre les mains de ceux-ci, devra nécessairement être considéré comme le second terme de la proposition. En effet, le loyer de l'argent, considéré comme instrument de travail, sera moindre, suivant que l'argent sera plus offert que demandé. Or ce résultat ne sera pas toujours la conséquence uniquement de l'abondance du numéraire entre les mains des capitalistes, il sera surtout déterminé par la diminution des besoins chez l'emprunteur. Supposez, en effet, que les besoins soient les mêmes, l'abondance d'argent chez le disposeur ne sera pas pour lui un motif d'en abaisser le prix. Elle deviendra bien plutôt l'occasion de réaliser de plus gros bénéfices, soit en travaillant sur une plus grande échelle, soit en ne satisfaisant que les besoins de la place, à l'effet de maintenir un taux favorable à ses intérêts.

Ce qui donc influera réellement sur le prix de l'argent, c'est la position et les besoins des travailleurs. Tant que celle-ci sera précaire, tant que ceux-là seront urgents, ils seront forcés de

[1] Petit, *Traité de l'usure*, liv. Ier, p. 24.

[2] *Traité d'économie politique*, chap. VIII, l. 2.

subir le joug des disposeurs, seuls en mesure de leur fournir l'instrument capable de les faire vivre eux et leur famille.

Que si, au contraire, leur position s'est améliorée, si le besoin de recourir à autrui se fait moins sentir, parce que, dans une certaine mesure, ils ont acquis ce qui leur est nécessaire, ils pourront à leur tour n'accepter ce qui manque au développement de leur industrie qu'à des conditions que celui qui le leur offre sera forcé d'accepter, sous peine de garder son argent improductif, ce à quoi les capitalistes se résignent difficilement.

Ainsi, c'est surtout dans les besoins des travailleurs qu'il faut trouver les causes influençant le prix du loyer de l'argent. On ne doit pas cependant en exclure l'abondance de celui-ci entre les mains des capitalistes. Quelque réduits, en effet, que fussent les besoins, si les capitaux disponibles et prêtables étaient insuffisants pour les couvrir, toute baisse dans l'intérêt serait impossible.

2° Le développement de la confiance générale, représentée dans l'industrie par le développement et l'organisation du crédit. C'est encore à ce point de vue que la position des travailleurs influera puissamment sur le taux de l'intérêt. Commercialement parlant, ce taux ne représente pas seulement la valeur réelle du prix de l'argent, il doit de plus offrir une prime d'assurance pour les risques que court le prêteur, soit en raison des circonstances générales politiques ou industrielles, soit à raison des qualités et de la situation personnelle de l'emprunteur. C'est ainsi que les crises politiques ou financières exercent un contre-coup inévitable sur le prix de l'argent; c'est ainsi que, dans des circonstances égales, les maisons de premier crédit obtiendront l'argent à de bien meilleures conditions que les maisons d'un crédit moindre.

L'accroissement des richesses entre les mains des travailleurs, en affermissant leur crédit, fera évanouir d'autant les chances de perte, et amènera nécessairement l'affaiblissement de la prime que ces chances font percevoir confondue dans l'intérêt.

En résumé, le taux de l'intérêt se calcule sur le plus ou moins d'abondance de l'argent, coïncidant avec une diminution ou avec une augmentation des besoins; sur le développement du crédit devant rendre moins forte la prime d'assurance contre les dangers que court ou que croit courir le prêteur. Chacun de ces éléments est essentiellement variable, et c'est ce caractère incontestable qui est invoqué contre la convenance d'une loi qui lui substitue une règle fixe et invariable. En effet, une pareille règle ne peut que favoriser le capitaliste, au détriment de la classe des travailleurs. Car, de deux choses l'une, ou la loi a été rendue dans un moment critique ou dans une époque de prospérité commerciale.

Dans la première hypothèse, le taux de l'intérêt admis par la loi se ressentira des circonstances au milieu desquelles elle aura été promulguée, et sera nécessairement dans de hautes proportions. Mais la crise cessant pour faire place à un état prospère, le taux de l'intérêt ne sera plus en rapport avec la vérité des choses, et il ne cessera cependant pas d'être exigé ou adjugé par les tribunaux.

Dans la seconde hypothèse, le taux légal sera nécessairement bas, et une crise survenant lui fera perdre toute proportion avec le prix réel de l'argent. Mais qu'arrivera-t-il? Ce que voici : les disposeurs ne se contenteront pas de cet intérêt, et ils exigeront des avantages occultes qu'on ne pourra leur refuser sans renoncer à leurs fonds, au moment précisément où le besoin s'en fera le plus vivement sentir.

C'est donc, dans tous les cas, les travailleurs qui seront lésés par l'effet d'une loi régulatrice. Cet inconvénient ne se produirait pas avec la liberté des transactions. Si cette liberté, en effet, permettait, dans la seconde hypothèse, aux capitalistes d'exiger plus, elle laisserait, dans la première, aux travailleurs la faculté de donner moins. On ne pourrait plus leur dire : Je ne vous demande que ce que la loi m'accorde.

Ces considérations incontestables accusent un mal réel et le remède indiqué serait décisif, si le législateur n'avait dû prendre en considération que ce qui intéresse le commerce dans l'acception légale et probe qu'il comporte. Oui, nous croyons que dans l'exercice honorable de cette honorable profession, la liberté serait plus favorable à l'équité et surtout plus conforme à la réalité des choses. Mais il est dans le commerce de très-fâcheuses exceptions, et bientôt, sous l'apparence d'une industrie qu'on exploiterait comme pour se couvrir d'un masque, l'usure s'ouvrirait une large voie et porterait ses ravages dans tous les rangs de la société.

D'ailleurs, à côté du commerce assez bien placé pour discuter les prétentions des usuriers et pour se passer d'eux au besoin, existe, ainsi que nous l'avons déjà dit, le commerce en petit, la classe des laboureurs, la petite propriété. Pour ceux-ci, il n'y a jamais de motifs pour la fluctuation des intérêts, car l'argent qu'on leur prête a pour garantie un modeste patrimoine

que l'usure a bientôt englouti. Qu'importe à un riche négociant, à qui l'argent emprunté produit le vingt ou le trente, de payer dix à douze pour cent? L'opération est assez fructueuse pour qu'il consente à s'en contenter. Mais, comment voulez-vous appliquer une règle uniforme à ce négociant et à celui à qui un travail de tous les jours suffit à peine pour subvenir à ses besoins personnels et à ceux de sa famille; à celui qui n'a d'autre ressource que le revenu chétif d'un modeste patrimoine dont l'entretien a été souvent l'unique cause de l'emprunt?

Or ceux-ci, remarquez-le bien, sont les plus nombreux. C'était donc justice, dans l'examen de la question de convenance, de se décider pour le parti qui devait surtout leur profiter, et c'est ce qu'avec raison a fait le législateur.

Maintenant, qu'on compare l'état de la France avant la loi de 1807 avec ce qui s'est réalisé depuis. Sans doute le mal n'est pas extirpé, mais, en définitive, il a cessé de progresser, il a même incontestablement diminué, sans qu'il en ait trop coûté au commerce. Quelle preuve plus décisive de la convenance parfaite de la loi?

Ainsi, à l'utilité, la législation réunit la convenance. Elle mérite donc l'approbation de tous. Aussi, lorsqu'en 1836 la chambre des députés fut saisie de la proposition de l'abroger pour en revenir à la liberté des transactions, n'hésita-t-elle pas à repousser cette proposition que personne n'a renouvelée depuis.

1119. — Ce n'est pas au reste que nous considérions la loi de 1807 comme le dernier mot sur la matière qu'elle régit. Cette loi a pu rendre service au moment de sa promulgation et à d'autres époques critiques qu'elle a eu à traverser dans ses quarante années d'existence, mais elle porte avec elle le cachet de son origine.

En 1807, la France était heureusement sortie des cataclysmes effrayants qu'elle venait de traverser, mais les affaires étaient encore bien loin de la prospérité qu'elles ont acquise depuis.

Aussi, des hommes de bonne foi, des financiers éminents, n'hésitent pas à considérer le taux de l'intérêt comme actuellement trop élevé. L'un d'eux, devant qui on parlait de l'intérêt légal, s'écriait : Dites donc l'usure légale.

1120. — Quelle proportion y a-t-il, en effet, entre le revenu de l'argent à cinq pour cent et le revenu de la propriété foncière? Cependant leur corrélation intime intéresse, à un très-haut degré, l'agriculture, dont la désertion est aujourd'hui le sujet de tant de réclamations, de regrets et de plaintes. Comment veut-on que les fonds se dirigent vers elle tant que l'argent pourra rendre ailleurs le cinq ou le six pour cent? Qui voudra abandonner ce produit assuré, n'exigeant aucun travail, pour chercher, après bien des dépenses, des peines et des fatigues, un revenu de deux, deux et demi, trois pour cent tout au plus.

Ajoutons que l'un des éléments que nous avons vus concourir à la détermination du taux des intérêts, ne se rencontre pas dans les prêts civils. En général, ces prêts se font tous sous garantie. Il n'y a donc pas lieu d'accorder une prime d'assurance contre un danger qui n'existe que dans des proportions indéfinissables. Le cinq pour cent représente donc uniquement la valeur de l'argent, et, comme tel, il est exagéré. Comment est-il possible que le propriétaire puisse, avec un revenu de trois pour cent, payer cet intérêt, auquel viennent s'ajouter les frais d'enregistrement, ceux de timbre, ceux d'hypothèque, les honoraires du notaire, du courtier, etc...?

1121. — L'exagération que nous reprochons au cinq pour cent en matière civile, nous la retrouvons dans le six pour cent en matière commerciale. La preuve de cette dernière nous est fournie par les faits se réalisant journellement au vu de tous. Le banquier qui ferait le six pour cent à ses disposeurs passerait pour un homme ruiné. Aussi ce qu'il paye c'est : en temps de crise, le cinq pour cent; en temps ordinaire, le trois et demi ou le quatre; en temps de prospérité, à peine le trois. Cependant, à quelque époque qu'il prête lui-même, il exige le six.

On tenterait en vain d'expliquer cette différence par des raisons tirées de la position particulière des banquiers. Nous convenons que l'argent qu'ils reçoivent peut demeurer improductif dans leur caisse pendant un temps plus ou moins long; qu'ils ont à payer des frais considérables, des commis, des ports de lettres, une patente, etc... Nous avouons que pour tout cela il leur est dû une légitime indemnité. Mais, cette indemnité, ils la reçoivent par la faculté qu'ils ont d'exiger un droit de commission, d'escompte ou de change, de capitaliser trimestriellement les intérêts. Ils ne peuvent donc, sans vouloir se la faire payer deux fois, l'obtenir en outre sur la différence de l'intérêt.

Certes nul ne peut être incriminé de ce qu'il a le moyen de prendre au trois ou au quatre ce qu'il donne au six. Tout ce que nous voulons induire de notre observation, c'est que la valeur réelle de l'argent n'est pas le six pour cent. Pour avoir celle-ci, il faudrait s'arrêter à ce que payent les maisons de premier crédit. Si elles donnent le trois ou le quatre pour cent, c'est que l'argent

vaut à peine ce taux. Remarquons, en effet, que la prime d'assurance comprise dans le six pour cent, les maisons de premier crédit la supportent également, quoique sur des proportions moindres.

1122. — Un autre reproche à faire à la loi de 1807 nous est inspiré par l'exécution qui lui a été donnée, à savoir : d'autoriser la perception de l'intérêt commercial entre personnes non commerçantes et pour une opération qui n'a au fond rien de commercial. Il suffit, en effet, qu'un propriétaire, qu'un cultivateur souscrive une lettre de change, pour qu'il doive payer le six pour cent.

Ce résultat est surtout remarquable en ce sens que le prêteur, s'il portait son argent chez le banquier, recevrait le quatre pour cent. Mais, prêtant à un cultivateur, il reçoit le six. Ainsi, s'il consentait un prêt réellement commercial, il ne retirerait pas même l'intérêt civil ; il fait un prêt civil, il perçoit l'intérêt commercial. Singulière et étrange anomalie !

Ce qu'on objecte pour la justifier, c'est que la souscription d'une lettre de change est un acte commercial. Mais cette objection a le tort de s'arrêter à la surface et de sacrifier le fond à la forme, la réalité à la fiction. Ce qui fait que la loi donne à l'intérêt commercial un taux plus élevé qu'à l'intérêt civil, c'est qu'elle suppose que la somme empruntée est immédiatement versée dans le tourbillon des affaires [1]. A cette présomption se rattachent deux idées qui justifient l'élévation de l'intérêt : 1° une idée d'un bénéfice considérable pour l'emprunteur ; 2° une idée d'un danger pour le prêteur dans la chance de perte que court le capital ainsi exposé.

Rien de pareil ne se réalise dans l'emprunt contracté par un propriétaire ou par un cultivateur. L'un et l'autre ne sont réduits à le faire que par des besoins qui n'ont rien de commercial, et c'est à satisfaire exclusivement à ces besoins que seront affectées les sommes empruntées. Les condamner à en supporter l'intérêt au taux commercial, c'est aggraver leur position sans nécessité, c'est leur imposer une charge sans qu'ils aient été jamais dans le cas de jouir de la chance favorable dans laquelle le commerçant peut trouver une compensation à l'obligation qu'il assume.

On fait donc produire à la forme de l'acte un résultat que la loi semble avoir attaché à la qualité de la partie ; cela est d'autant plus injuste, qu'en signant une lettre de change, le débiteur n'aura fait que céder à des exigences qu'il n'était pas maître de repousser. Le créancier imposera cette forme d'abord pour avoir six au lieu de cinq, ensuite pour obtenir la faculté d'agir par voie de contrainte par corps, ce qui est une garantie d'autant plus énergique que sa mise à exécution entraîne l'aliénation du bien dotal lui-même. On conçoit dès lors que le créancier tienne à ce mode d'obligation, qu'il en fasse la condition du prêt, et qu'il se procure ainsi un surcroît d'intérêt avec un surcroît de garantie.

L'intérêt commercial est donc injuste, lorsqu'en réalité l'argent prêté ne doit point devenir le sujet d'opérations de commerce, c'est-à-dire lorsqu'il est impossible de rencontrer d'une part le danger de perte, de l'autre la chance d'un bénéfice considérable, éléments que la loi a pris en considération dans la détermination du taux de l'intérêt. Leur absence laisse donc l'intérêt commercial sans aucun motif plausible et devrait en conséquence en entraîner le refus.

1123. — Nous en dirons autant du cas où le prêt fait à un commerçant est entouré de garanties telles qu'on se met à couvert des chances de pertes, en regard desquelles l'intérêt a été porté à un taux plus élevé. C'est ce qui se réalise dans le prêt fait sur nantissement, et dans celui qui ne se consomme que sur un crédit hypothécaire. Il n'y a pas, dans l'un et dans l'autre cas, ces chances aléatoires que l'idée du commerce entraîne, quelle que soit la condition future de l'emprunteur. Qu'elle se termine par une faillite, le prêteur rentrera dans ses fonds, il percevra même l'intérêt au six pour cent, il a donc un avantage sans avoir couru les dangers que la loi considère comme une juste compensation.

1124. — En résumé, nous avons prouvé que le législateur a le droit d'intervenir dans la détermination du taux des intérêts ; que l'exercice de ce droit, sans déraciner le mal, l'atténue en réalité et en ralentit les progrès ; qu'à ce double point de vue, cet exercice est utile et conséquemment convenable ; enfin que la loi de 1807 n'est plus aujourd'hui dans de justes rapports avec la vérité des choses, et que l'intérêt qu'elle consacre est trop élevé ; que, dans l'exécution qu'elle reçoit, on arrive à des anomalies qu'il importerait de faire disparaître. Puisse la juste réforme que nous signalons frapper enfin l'attention du législateur et lui suggérer des dispositions dont l'urgence ne saurait, à notre avis, être méconnue !

Mais, en attendant, la tâche du jurisconsulte étant d'accepter les lois telles qu'elles existent,

[1] Art. 638 du Code de commerce.

nous allons nous livrer à la recherche de l'usure dans les nombreux et divers déguisements dont elle a soin de s'envelopper.

1125. — L'usure consistant à s'attribuer un bénéfice excédant le revenu légal de l'argent, il est évident qu'elle ne saurait exister que dans le prêt. Mais cette condition essentielle n'aboutit fatalement qu'à ce résultat, à savoir : que les usuriers s'efforceront de déguiser leur opération sous l'apparence d'un autre contrat. Comment, en effet, se promettre un succès quelconque s'ils contractaient un prêt pur et simple? La quotité de l'intérêt, rapprochée du capital, trancherait immédiatement la question de la légalité du premier et amènerait sûrement la répression de l'usure. Les dangers de cette franchise en font concevoir l'impossibilité. L'usure veut réussir, et, pour cela, il lui faut tout d'abord faire illusion sur l'acte même qui la cache.

1126. — Les questions d'usure seront donc des questions d'interprétation de l'intention des parties, il faudra presque toujours délaisser le texte de la convention pour en rechercher l'esprit. Quels seront les éléments de cette recherche? C'est ce que nous allons apprécier suivant la nature apparente du contrat; ce que nous devons dire tout d'abord, c'est que l'usure, avec une adresse infernale, sait se glisser partout; elle a même osé s'en prendre au contrat de mariage; c'est ce que nous apprend une espèce jugée, le 12 mars 1832, par la cour de Riom.

1127. — En 1806, contrat de mariage du sieur Cheminat avec la demoiselle Mosnier. On constitue à la future une dot de 5,000 francs payables dans un an avec intérêt au cinq pour cent jusqu'à cette époque, et avec intérêt au dix pour cent passé cette époque, la dot étant alors considérée comme un prêt d'argent.

En 1827, commandement du sieur Cheminat au sieur Mosnier pour avoir à payer, outre les 5,000 francs, 9,250 francs pour les intérêts courus jusqu'alors, à raison de dix pour cent. Opposition fondée sur ce que les intérêts courus depuis la loi de 1807 ne sont dus qu'à raison de cinq pour cent. Jugement qui le décide ainsi.

Mais, sur l'appel, ce jugement est réformé, et les intérêts adjugés au taux du contrat de mariage [1].

1128. — Dalloz, dans le sommaire dont il fait précéder l'arrêt, le résume dans cette proposition : On peut, sans qu'il y ait usure, stipuler dans un contrat de mariage des intérêts au-dessus du taux légal. Dans la note dont il l'accompagne, il lui reproche d'être, tout à la fois, contraire à la loi, à la lettre du contrat et à l'esprit des conventions matrimoniales.

Nous serions complétement de cet avis, si nous pouvions admettre que la cour de Riom a réellement décidé en principe que la loi de 1807 doit rester sans application aux conventions matrimoniales.

Il est vrai que son premier motif paraît tendre à ce but, mais il est impossible d'isoler ce motif de l'espèce sur laquelle il est intervenu, et qui en explique nettement la portée.

Le contrat de mariage soumis à l'examen des magistrats portait la date de 1806. Or, à cette époque, on pouvait, dans un contrat de mariage, stipuler des intérêts au-dessus du taux légal, par l'excellente raison qu'on le pouvait dans tout autre acte. D'une part, en effet, la loi de 1807 n'avait pas encore été promulguée; de l'autre, l'article 1907 du Code civil permettait à l'intérêt conventionnel de dépasser l'intérêt légal toutes les fois que la loi ne le défendait pas, et aucune défense n'avait été faite avant la loi de 1807. Conséquemment l'appréciation de la cour, au point de vue de la législation régissant le contrat, était parfaitement juridique, une solution contraire à celle par elle adoptée eût été infailliblement censurée par la cour de cassation.

Donc cette décision devait non-seulement valider la stipulation, mais encore en ordonner l'exécution nonobstant la loi de 1807. Indépendamment du principe de la non-rétroactivité des lois, le législateur de 1807 déclare expressément *qu'il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la présente loi.* Aussi a-t-il été admis en jurisprudence que, quel que fût le taux de l'intérêt, la convention des parties antérieure au 3 septembre 1807 devait recevoir son entier effet, après comme avant la loi de cette époque.

La seule modification admise consiste à restreindre la validité de la clause aux intérêts réglés par le contrat. A défaut de stipulation, ou si les intérêts n'ont été convenus que jusqu'à l'échéance, les intérêts courus depuis, sous l'empire de la loi de 1807, ne peuvent être exigés qu'au taux déterminé par celle-ci [2]. Or il est à remarquer que, dans l'espèce jugée par la cour de Riom, les intérêts avaient été stipulés jusqu'à

[1] D. P., 32, 2, 50.

[2] Poitiers, 8 février 1825; cass., 13 juillet 1829 et 16 janvier 1837; *Journal du Palais*, t. Ier, 1837, p. 306; Bordeaux, 13 août 1829.

payement effectif, l'époque de ce payement étant laissée à la volonté exclusive du débiteur; sous ce rapport encore sa décision était irréprochable.

1129. — Pourrait-on décider de même dans une espèce postérieure à la loi de 1807? Non évidemment. La liberté des stipulations matrimoniales est l'objet d'un profond respect de la part du législateur, mais elle a des bornes, et ces bornes sont naturellement marquées par les convenances de l'intérêt public et des bonnes mœurs. A cet égard, l'article 1387 du Code civil s'en explique de la manière la plus expresse.

Or stipuler un intérêt supérieur au taux légal, c'est violer une loi formelle, c'est préparer les éléments d'un délit puni correctionnellement, c'est, en un mot, offenser la morale et l'ordre publics. Une pareille stipulation se trouverait donc dépourvue de tout lien légal et ne saurait conséquemment produire aucun effet.

Le caractère d'illégalité ne saurait être purgé que si la loi de 1807 eût formellement excepté le contrat de mariage de l'application de ses dispositions. Or, non-seulement cette exception ne s'y rencontre pas, mais elle est encore repoussée par la généralité de ses termes. De plus, une pareille exception eût été quelque chose de monstrueux aux yeux de la morale. Conçoit-on quelque chose de plus odieux que l'autorisation donnée à un fils d'usurer son père et de le conduire ainsi à une ruine complète? Remarquons en effet que la barrière levée, il n'y a pas de raison pour qu'on ne stipule pas le vingt, le trente, le cinquante pour cent. En effet, les mêmes motifs, justifiant le chiffre le moins élevé, justifieraient le taux, quel qu'il fût, et le cinquante pour cent, là où l'on admettrait comme tel le sept ou le dix pour cent, deviendrait très-licite.

Eh! tout cela de père à fils! Tandis qu'on ne saurait exiger d'un étranger une obole de plus que le taux légal, on puiserait dans les liens sacrés de la nature et du sang la faculté de dévorer la substance de sa propre famille et de ruiner son avenir! Non, une pareille monstruosité ne pouvait être consacrée, elle ne se discute même pas.

Tenons donc pour certain que la prohibition de la loi de 1807 concerne le contrat de mariage, comme tous les autres contrats. La stipulation d'un intérêt supérieur au taux légal qu'il renfermerait resterait non-seulement sans efficacité pour l'avenir, mais encore pour le passé et pour le présent. Ce qui, dans les payements opérés, dépasserait le taux légal serait sujet à répétition ou à imputation.

1130. — Une difficulté beaucoup plus sérieuse est née à l'occasion des droits que l'usage autorise les banquiers à prélever dans les négociations constituant leur industrie. Ces droits sont :

1° La commission; 2° l'escompte; 3° le change.

1131. — La commission est le salaire dû au banquier pour prix de ses peines et soins, pour l'indemnité de l'obligation dans laquelle il est d'avoir toujours en caisse des sommes suffisantes pour pourvoir aux besoins même imprévus du commerce. Le banquier n'est pas seulement un capitaliste disposant de ses fonds, il doit se procurer ailleurs ce qui est nécessaire pour l'exploitation de son industrie. Il a dans cet objet un comptoir dont il doit payer le loyer, des commis qu'il salarie, une patente à supporter, des frais de correspondance et autres à satisfaire. Tout cela, dit Troplong, explique la légalité du salaire qu'il exige en sus de l'intérêt légal [1].

1132. — L'escompte est la somme prélevée par le banquier lorsqu'il fournit de l'argent comptant contre une créance à terme. Ce prélèvement se règle proportionnellement à la perte que le papier éprouve et au délai à courir jusqu'à l'échéance du titre négocié.

1133. — Enfin le change est l'indemnité exigée pour l'achat au comptant d'une créance à recouvrer sur une autre place : *Emptio venditio pecuniæ absentis, pecunia præsenti* [2]. Le taux de cette indemnité se calcule ordinairement sur la position de la place où la négociation s'opère, relativement à celle où le payement doit être effectué.

1134. — Les plus simples notions de l'équité, les nécessités réelles du commerce semblent placer la légalité de ces droits au-dessus de tout reproche. Il est évident en effet que celui qui se livre au commerce de la banque, qui en brave les périls, qui en supporte les dépenses, doit rencontrer dans son exploitation non-seulement l'intérêt intégral de son argent, mais encore le remboursement de ses frais, mais enfin le revenu des peines et soins qu'il prend personnellement, *et in summa,* dit l'auteur italien que nous venons de citer, *non convenit ut mercator, qui dat pecuniam præsentem pro pecunia absenti, ponat operam et sudorem ad aliorum utilitatem.*

Cependant des auteurs graves, tout en admettant leur existence, en ont contesté la légitimité,

[1] *Du Prêt*, n° 382.

[2] Scaccia, *Quæst.*, t. I, n° 421.

en tant que leur taux dépasserait celui de l'intérêt légal. La commission, l'escompte, le change, ont-ils dit, ne sont qu'un intérêt conventionnel; ils ne peuvent donc, dans aucun cas, atteindre à des proportions autres que celles fixées par la loi de 1807; en tolérer d'autres, c'est autoriser l'usure [1].

1135. — Il ne faut pas que la haine de l'usure fasse méconnaître ce que la justice exige. Or la définition que nous venons de donner des droits alternativement perçus par les banquiers, en justifiant leur légitimité, repousse également l'objection faisant le fondement du reproche que nous combattons. Non, la commission, l'escompte et le change ne peuvent être assimilés à l'intérêt. Celui-ci, nous venons de le dire, est le loyer de l'argent. Il est dû par cela seul qu'il y a prêt, quels que soient le caractère et la profession de celui qui le consent. C'est ainsi que le simple capitaliste, prêtant sous la forme commerciale, retirera le taux de l'intérêt commercial, c'est-à-dire le six pour cent.

Mais, nous venons de le dire, le banquier n'est pas seulement un capitaliste, il exerce en outre le commerce dans toute l'acception de ce mot. Son industrie est d'acheter et de vendre de l'argent ou des valeurs. Cette industrie consomme d'abord tous ses moments, lui impose des frais considérables, une correspondance fort étendue, l'expose à de nombreux sinistres.

En fait, encore, l'exercice de cette industrie est d'une utilité incontestable pour le commerce. C'est chez lui que toutes les branches d'industrie trouvent les ressources nécessaires, dans tous les temps, à toutes les époques, alors même que les capitalistes, effrayés par les crises commerciales ou politiques, s'empressent de retirer et de resserrer leurs fonds.

Il faut donc, pour cet auxiliaire aussi puissant qu'indispensable, l'éventualité d'un bénéfice de nature à l'encourager dans l'exercice de sa délicate profession. Sera-ce dans l'intérêt légal qu'il la rencontrera? Mais, cet intérêt, il le percevra par le simple placement de ses fonds, pour lesquels il pourra de plus exiger des garanties que la rapidité des opérations commerciales ne lui permet pas de demander, et, si on veut le réduire à cet intérêt seul, il se hâtera de prendre la place qu'on lui fait réellement.

Car, chose remarquable dans l'opinion que nous combattons, c'est qu'en mettant le banquier sur la même ligne que le capitaliste, on lui fait une position pire que celle du simple prêteur. Celui-ci, en effet, profitera intégralement du six pour cent qu'il est autorisé à exiger. Le banquier, au contraire, sera obligé d'en distraire d'abord l'indemnité de ses frais de loyer, de bureau, de patente, de correspondance, le salaire de ses commis. En réalité donc, il ne profitera pas de ce six pour cent auquel on veut, dans tous les cas, le réduire.

Que résultera-t-il de cet état d'infériorité marquée? C'est que le commerce de la banque sera déserté; que celui qui pourrait s'y livrer préférera demeurer simple capitaliste et s'exonérera ainsi des tracas et du danger des affaires, de la nécessité d'y consacrer son industrie dont le produit augmentera l'intérêt intégral qu'il retirera de son argent; des chances nombreuses que présente le chapitre des faillites.

Cette désertion porterait un coup funeste au commerce et à l'industrie, et c'est pour la prévenir, autant que pour obéir à une idée de justice, que de tous les temps on a autorisé le banquier à percevoir une légitime indemnité, au delà de l'intérêt légal. Ainsi, sous notre ancienne législation, alors que le prêt à intérêt n'était permis qu'avec l'aliénation du capital, on ne contestait en aucune manière la commission qu'exigeaient les banquiers. Depuis le Code, ce droit n'a cessé d'être proclamé par la jurisprudence.

Ce qui est vrai pour la commission ne saurait ne pas l'être pour l'escompte et pour le change. On ne saurait voir dans le premier un intérêt conventionnel, car, pour qu'il y ait intérêt, il faut qu'il existe un prêt. Or l'escompte, ainsi que l'enseigne la doctrine, est plutôt un achat qu'un prêt.

Dans le prêt ordinaire, en effet, le prêteur n'a pas pour objet de se procurer un titre qu'il revendra lui-même quelques jours après. S'il donne son argent, c'est pour en retirer l'intérêt, c'est pour attendre l'époque de l'exigibilité qui le fera rentrer dans la possession de son capital. Le banquier, au contraire, n'escompte le titre que pour le revendre, et il court la chance soit de ne pouvoir le faire, soit d'être obligé de le faire d'une manière onéreuse.

De plus, et dans la première hypothèse, qui sait si, à l'époque du payement, le capital qu'il recevra vaudra pour lui le capital qu'il donne au moment de l'opération? Il peut se faire, en effet, qu'au moment du remboursement, les affaires éprouvent de la stagnation; qu'il y ait peu d'escompte à faire et qu'il soit conséquemment obligé de garder oisifs dans sa caisse des fonds qu'il aurait, huit jours plus tôt, placés à

[1] Chardon, t. III, n° 489; Duvergier, n° 293; Fremery, *Études sur le droit commercial*, p. 80.

des conditions avantageuses. Ce sont là des chances qu'un banquier prudent ne doit pas négliger et dont il est juste de lui tenir compte.

1136. — On ne peut donc voir dans l'escompte un intérêt conventionnel. Il n'est en réalité qu'un achat du titre, achat soumis à de telles chances aléatoires qu'il suffirait de ce caractère pour l'affranchir de l'application de la loi de 1807. Ces chances consistent dans l'époque de l'échéance encore plus ou moins éloignée, dans la difficulté de la revente, dans les dangers que court l'acheteur, dans l'incertitude de l'état des affaires au jour du payement. Ainsi, observe Troplong, l'échéance qui précède une foire est plus avantageuse que celle qui arrive après que la foire est fermée. Gardons-nous donc de méconnaître toutes les circonstances aléatoires d'où naît une chance appréciable, distincte de l'intérêt et susceptible de vente [1].

1137. — Le change, à son tour, n'est à proprement parler qu'un escompte, à cette différence : que le titre faisant l'objet de celui-ci peut être payable sur place, tandis que le change ne peut exister qu'en tant que la valeur négociée est payable dans un autre lieu que celui où s'opère la négociation. Dès lors, les motifs qui justifient l'escompte justifient le change dans lequel non plus on ne saurait voir un intérêt conventionnel.

Une raison spéciale au change, c'est que le payement devant nécessairement s'opérer dans un lieu plus ou moins éloigné du domicile du banquier, celui-ci doit être autorisé à percevoir une indemnité suffisante pour les peines et soins, pour les dépenses qu'occasionnera l'obligation d'aller chercher ce payement sur une autre place, et le danger que présente le voyage que l'argent doit faire du lieu du payement au domicile du banquier, *quia emens monetam absentem, debet majora onera et pericula subire, in eam conducendo* [2].

Un autre élément essentiel du change est la cherté du papier, résultant des opérations commerciales et de la position respective de la place où s'opère la négociation et de celle où doit s'effectuer le payement. Supposez que des négociants de Lyon aient à payer de fortes sommes à Paris ou à Marseille, le papier sur ces dernières places sera fort recherché, car les débiteurs préféreront envoyer des valeurs plutôt que d'expédier des espèces, ce qui coûte beaucoup plus et offre plus de dangers. Dans le cas contraire, si les Lyonnais ont à recevoir de Marseille ou de Paris, le papier sur ces deux places sera nécessairement délaissé. Dans le premier cas, le change sera moins élevé que dans le second, car le défaut d'emploi rendra celui-ci onéreux pour celui à qui on offrira de négocier. Dans l'un et dans l'autre cas, il est évident que l'opération n'affecte en rien les formes d'un intérêt conventionnel.

Il est vrai que dans l'escompte comme dans le change, le cédant reste ordinairement garant du payement par l'endossement qu'il souscrit en faveur du cessionnaire. C'est le cumul de cette garantie et de celle des divers signataires qu'on met en avant pour refuser toute indemnité au delà de l'intérêt légal. A cette objection de Fremery, Troplong répond que ces garanties accumulées ne sauraient prévaloir sur les raisons décisives qui militent en faveur de l'indemnité. Les garanties peuvent échapper, et l'on voit tous les jours les meilleures signatures devenir mauvaises. Ces fréquentes non-valeurs, auxquelles est exposé le commerce de la banque, ne sont-elles pas une preuve qu'un doute raisonnable peut peser sur la chose jusqu'au payement, et que, dès lors, le banquier a droit d'en être indemnisé? Ajoutez que le banquier doit faire les diligences pour le recouvrement; qu'il est responsable d'une complaisance, d'un retard, d'une omission [3].

1138. — Ainsi se trouve légalement justifiée, dans son origine, la perception des droits de commission, d'escompte et de change. Mais, il faut le reconnaître, ces diverses opérations se prêtent merveilleusement à favoriser l'usure. Il convient donc que l'attention des tribunaux, constamment excitée, ne cesse de veiller à leur sincérité, et de proscrire avec sévérité tout ce qui ne ferait qu'emprunter leur forme pour déguiser une opération usuraire.

1139. — L'appréciation de la vérité, en matière d'escompte, reconnaît un élément essentiel dans le taux auquel il a été opéré. Nous venons de voir que celui du change dépend des circonstances pouvant être vérifiées, il en est à peu près ainsi de celui de l'escompte. L'abondance ou la rareté des espèces, la date plus ou moins reculée de l'exigibilité exercent une grande influence sur la détermination, c'est donc au cours du moment qu'il convient de s'en référer. Celui qui n'aurait retiré que ce que l'usage commercial lui permettait, se placerait, à l'endroit de son opération, à un point de vue favorable.

[1] *Du Prêt*, n° 375.

[2] Scaccia, *Quest.*, t. I, n° 424.

[3] *Du Prêt*, n° 375.

1140. — Une seconde condition non moins essentielle, c'est qu'il s'agisse d'une opération réellement susceptible d'escompte, c'est-à-dire d'une cession d'un titre. Cette condition est difficile à saisir, lorsque la valeur escomptée émane directement de celui qui la présente à l'escompte. Rien ne sépare plus ce contrat d'un prêt ordinaire, et l'opération de banque n'est guère présumable lorsque la partie ayant besoin d'argent va trouver l'autre, et, en échange des sommes qu'elle en reçoit, lui remet un titre qu'elle souscrit.

Aussi, dans plusieurs circonstances, n'a-t-on vu dans cette opération qu'un simple prêt excluant toute idée d'un escompte sérieux, et ne pouvant, sous peine d'usure, produire autre chose que l'intérêt légal, et cette appréciation a reçu la sanction de la cour de cassation [1].

Une appréciation contraire a été adoptée par la cour de Paris, le 18 janvier 1835, et par la cour de cassation, le 10 avril 1840 [2]. Ce qui explique la contradiction entre ce dernier arrêt et celui de 1830, c'est que les questions de cette nature donnent lieu à des arrêts, non de doctrine, mais d'espèces. En effet, tout s'y résout dans une difficulté de fait, pour la solution de laquelle les tribunaux et cours ont une latitude souveraine. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la cour de cassation, du 19 février 1830, rejetant le pourvoi : « Attendu qu'il suit des faits constatés par les « juges du fond, *à qui l'appréciation en appar-* « *tenait exclusivement*, qu'il a été fait une juste « application de la loi du 3 septembre 1807. »

Le fait présente bien moins de doute lorsque les valeurs négociées, étant souscrites à l'ordre de celui qui les offre à l'escompte, sont par lui endossées au banquier qui les accepte. L'opération est alors certaine et le droit d'escompte légalement prélevé. On pourrait, dans ce cas, en obtenir la réduction s'il avait été stipulé au delà du taux de la place, mais jamais le faire intégralement supprimer sous prétexte d'usure [3].

1141. — La difficulté que nous signalons pour l'escompte s'offre également pour le change, lorsque la lettre de change est tirée par celui qui la négocie. Mais, dans cette hypothèse, il se présente un élément de nature à exercer sur la solution une grave influence, à savoir : si le tiré est réellement débiteur au moment de la création du titre. L'affirmative fixe la vérité des choses en établissant la réalité du contrat de change. Il importe fort peu, en effet, pour sa perfection, que la lettre de change soit souscrite ou non par le débiteur, il suffit que la somme pour laquelle elle est tirée soit due et payable dans un autre lieu que celui de la négociation. Or, c'est ce qui se réalise lorsque le tiré est réellement débiteur du tireur.

Si, au contraire, le tiré ne doit rien, s'il n'a jamais rien dû, son nom ne figure que pour la perfection du titre, et rien ne distingue plus cette opération d'un simple prêt sous forme d'une lettre de change. Les juges peuvent ne voir dans la prétendue négociation qu'une simulation employée pour couvrir une usure déguisée et réduire, conséquemment, les droits du créancier à la perception de l'intérêt légal. Mais ce résultat ne saurait être obtenu que si l'absence d'un tiré sérieux avait été connue du banquier. L'ignorance réelle dans laquelle on l'aurait laissé à cet égard le constituerait en état de bonne foi et légitimerait son opération.

1142. — Ce qui constitue la lettre de change, c'est l'existence du contrat de change consistant à recevoir dans un lieu une somme d'argent qu'on s'engage à payer ou à faire payer dans un autre lieu. La supposition de place faisant disparaître ce caractère essentiel, la lettre de change qui en est viciée n'est plus qu'une obligation ordinaire, ne pouvant donner lieu au droit de change.

Il en serait autrement si la supposition de lieu n'avait pas empêché le contrat de change. Ainsi, un négociant de Marseille, en relation avec un négociant de Lyon, lui adresse des lettres payables sur Marseille même. Il est évident que ces lettres, quoique datées de Lyon, ont été réellement tirées de Marseille, et qu'étant payables à Marseille même, il n'y a pas, en réalité, de contrat de change.

Mais si les lettres de change n'ont été envoyées à Lyon que pour y être négociées et qu'elles l'y aient été réellement, il importe fort peu qu'elles contiennent supposition de lieu, car l'argent aura été retiré à Lyon pour être payé à Marseille. Le contrat de change existe donc d'une manière certaine. Le droit de change sera, conséquemment, acquis par leur négociation.

1143. — C'est ce que la cour d'Aix a jugé dans l'espèce suivante : De 1817 à 1820, Paraize, d'Avignon, avait fourni plusieurs lettres de change datées de Marseille sur Blavet, d'Avignon, et à l'ordre de Roussier, de Marseille, à qui Paraize adressait ces effets. Lors du règlement, Paraize prétendit que Roussier avait exigé,

[1] 19 février 1830 ; D. P., 30, 1, 130.
[2] D. P., 40, 1, 411.
[3] Cass., 8 et 26 août 1826, 16 août 1828.

pour la négociation des traites, un intérêt excédant le six pour cent, intérêt qu'il déguisait sous le nom de frais de change et de rechange, bien qu'il ne fût fait aucune opération semblable, en ce que les traites ne contenaient réellement aucune remise de place en place; qu'elles avaient été tirées d'Avignon et non de Marseille, et que Blavet, tiré, n'avait servi qu'à masquer une opération usuraire. En conséquence, Paraize forme une demande en répétition d'une somme de 3,335 francs, montant de ce qu'il a payé en sus de l'intérêt légal.

21 juin 1821, cette demande est repoussée par le tribunal de commerce de Marseille, sur les motifs suivants :

Considérant qu'à la vérité il y a eu supposition de lieu dans les traites fournies par Paraize, qui les datait de Marseille tandis qu'il demeurait à Avignon, mais que ces effets étaient par lui envoyés à Marseille, où ils devaient être négociés par Roussier ; qu'ainsi ces effets, à cause de la supposition de lieu, dégénéraient en mandat dont la négociation donnait également lieu à la perception du change; qu'il suffit, en règle générale, que la négociation de l'effet soit faite sur place tierce et qu'il y ait remise de place en place pour que le contrat de change subsiste ; qu'il y ait, par conséquent, lieu à change.

Appel ayant été émis de ce jugement, la cour d'Aix le confirme purement et simplement, avec adoption des motifs, par arrêt du 6 mai 1823. Cet arrêt ayant été déféré à la cour suprême, le pourvoi fut rejeté par elle le 8 novembre 1825 [1].

1144. — A son tour, le droit de commission a soulevé bien des difficultés. Nous avons dit que ce droit puisait ses éléments dans les peines et soins que se donnait le banquier et dans son obligation d'avoir toujours en caisse des fonds disponibles. De là, on avait conclu que cette obligation n'existant réellement qu'à la suite d'un crédit ouvert obligatoire, le droit de commission ne devait être accordé qu'en tant que l'avance faite n'était que l'exécution de ce crédit ; qu'on devait le refuser conséquemment lorsqu'il s'agissait d'un prêt purement éventuel.

Cette conclusion n'était ni exacte, ni juste. Sans doute, l'ouverture d'un crédit justifie le droit de commission, car, à quelque époque que la demande de fonds par le crédité se réalise, le banquier est tenu d'y satisfaire. Il doit, de plus, recevoir toutes les fois qu'il plaît au crédité de rembourser, et l'on peut facilement comprendre que, prenant lorsque l'argent est cher, le crédité s'empressera de rendre lorsqu'il sera bon marché, ce qui, indépendamment de l'obligation d'être sans cesse en mesure de satisfaire aux demandes, grève le banquier d'une charge résultant soit d'un défaut de remploi immédiat des fonds rendus, soit de la nécessité de les placer à un bénéfice moindre que celui qu'il trouve chez le crédité.

Mais, de ce que la commission est parfaitement justifiée dans cette hypothèse, s'ensuit-il qu'on doive la refuser partout ailleurs, alors même que des raisons tout aussi décisives viennent militer en sa faveur? Nous ne le pensons pas, et cette opinion est celle qui a, en définitive, prévalu et qui devait justement prévaloir.

Or, les raisons qui doivent, dans les cas ordinaires, faire admettre le droit de commission sont celles que nous avons exposées en recherchant la légalité et la légitimité de ce droit. C'est la position du banquier, voué à la vente et à l'achat de l'argent, obligé de consacrer à cette branche du commerce tout son temps, toute son industrie, qu'on ne saurait, sans injustice, condamner à demeurer improductive ; ce sont ses nombreuses et considérables dépenses, la grave responsabilité qu'il encourt, les dangers auxquels il s'expose.

Le réduire à la position d'un simple capitaliste, c'est, avons-nous dit, le placer, par rapport à celui-ci, dans un état d'infériorité marquée. Indépendamment de ce que le capitaliste n'a ni bureaux, ni commis, ni patente, ni correspondance obligée, les prêts qu'il consent ne sont que des actes plus ou moins rares, ne faisant aucun obstacle à ce qu'il applique son industrie à d'autres objets et qu'il profite des émoluments qui s'ajouteront à l'intérêt intégral de ses fonds. Enfin, il peut choisir son moment et son homme, et il est certain qu'il ne prêtera qu'à celui qui lui offrira une incontestable solvabilité.

Il n'en est pas de même du banquier. Sans doute, il n'est pas obligé de prêter à tout venant ; mais ce dont il doit se contenter, c'est de la solvabilité commerciale. Exiger autre chose, agir avec la même circonspection, avec la même prudence que le capitaliste, ce serait se condamner à périr bientôt par le trop plein de caisse. Il doit donc s'en rapporter à l'apparence, en courir les hasards, et l'on sait combien ils sont chanceux.

En cet état donc, le réduire à ne pas trouver dans le droit de commission une juste compensation, ne lui accorder que ce qu'on accorde à un capitaliste, ce n'est pas agir avec cette rigoureuse justice qu'on doit également à tous.

On reproche aux banquiers les bénéfices que

[1] J. D. P., année 1825.

certains d'entre eux réalisent. Mais combien d'autres que la perception du droit de commission, d'escompte et de change n'a pas préservés d'une ruine complète! D'ailleurs, il en est du banquier comme de tout autre négociant, on ne peut exiger de lui, suivant l'expression de Scaccia : *Ponat operam et sudorem ad aliorum utilitatem*. Il ne travaille que pour son propre avantage, que pour se procurer un honnête et légitime bénéfice.

Toutes les fois donc que le banquier fait un acte de son commerce, il doit, dans de justes limites, percevoir l'émolument dont cet acte est susceptible. Or, comme ce commerce consiste à livrer des fonds aux emprunteurs commerçants ou non, la commission est due par cela seul qu'il y a eu des fonds versés par lui [1].

Nous avons dit nous-même qu'en l'état de notre législation, les charges des travailleurs obligés d'emprunter sont trop onéreuses. Mais nous avons indiqué la manière dont on pourrait user pour les amoindrir; qu'on diminue l'intérêt de l'argent, on le peut, on le doit, car cet intérêt n'est plus aujourd'hui dans des proportions vraies avec le prix de l'argent. Mais, puisqu'on recule devant ce moyen, il ne nous paraît pas possible qu'on lui en substitue un autre qui ne consacrerait, en définitive, qu'une évidente injustice et qui compromettrait l'existence du commerce lui-même, en rendant impraticable la profession de banquier.

1145. — Les usages commerciaux ont introduit une notable exception au principe consacré par l'article 1154 du Code civil. Aux termes de cette disposition, les intérêts ne peuvent être capitalisés qu'après l'année révolue. Dans le commerce, cette capitalisation résulte du règlement des comptes, et ce règlement est tantôt semestriel, tantôt il s'opère chaque trois mois.

1146. — Les effets de l'anatocisme sont certains. Les intérêts capitalisés produisent, à leur tour, des intérêts, cela n'a jamais été douteux. Mais la commission, prise sur chaque avance partielle, est-elle due pour le reliquat du compte dont le banquier reste créditeur et qu'il reporte à nouveau sur le compte ultérieur?

Pour l'affirmative, on a dit : La balance du compte en rend le reliquat immédiatement exigible; de là, pour le banquier, le droit d'en exiger payement, et pour le débiteur l'obligation de le réaliser. Or, si ce payement était effectué, les sommes que le banquier fournirait après, et le jour même de ce payement, donneraient droit à la commission. Pourquoi donc la convention, par laquelle ce payement et l'avance nouvelle se réalisent fictivement, ferait-elle obstacle à sa perception?

Ce qui peut résulter du refus, c'est que le créditeur exige le payement réel et restreigne ainsi l'existence du compte courant au grand détriment du commerce. Il aura intérêt à en agir ainsi, car les sommes qu'il recevra, confiées à d'autres, au débiteur lui-même, lui procureront cette commission que la prolongation du compte lui enlève.

Ainsi, le créditeur pour solde contraindra le débiteur à le payer, ce qui pourra avoir pour celui-ci les inconvénients les plus graves, car il peut avoir, lui, un intérêt évident à la continuation du compte. En l'état de cet intérêt opposé, il est facile de prévoir ce qui se réalisera : les parties simuleront un payement effectif, et, quelques jours après, un nouveau compte s'ouvrira, et la somme prétendue payée en composera les premiers articles, non plus à titre de report, mais comme avance nouvelle sur laquelle le prélèvement du droit de commission sera incontestable.

On arrivera donc, par un moyen détourné, au résultat qu'on ne permet pas d'atteindre d'une manière directe, et cela, au détriment de la vérité et de la dignité du commerce. En fait, cependant, celui qui n'exige pas une dette actuellement exigible, qui en proroge l'échéance, consent un véritable prêt et livre la somme aux chances éventuelles de la solvabilité du débiteur. Dès lors, la commission qu'on ne conteste pas à celui qui livre réellement des fonds, devrait-on la contester à celui qui laisse en mains de son débiteur ceux qu'il pourrait le contraindre à lui restituer? Est-ce que le commerçant ne trouve pas dans la prorogation le secours qu'il demanderait à l'emprunt?

Pardessus paraît ne pas admettre que la question soit douteuse. En effet, après avoir enseigné que le règlement du compte en capital et intérêt fait produire au solde des intérêts nouveaux, cet éminent jurisconsulte ajoute : On peut, outre cet intérêt, percevoir un salaire pour commission, sans que cela soit considéré comme intérêt usuraire [2]. Telle est aussi l'opinion de Devilleneuve et Massé [3].

[1] Nous ne pourrions citer tous les arrêts qui l'ont ainsi décidé et qu'on peut d'ailleurs consulter dans les recueils de jurisprudence. On pourra se convaincre, en les vérifiant, que c'est à notre solution que la jurisprudence paraît se fixer.

[2] *Cours de droit commercial*, n° 475.

[3] *Dict. du contentieux commercial*, v° *Compte courant*, n° 15.

La cour de cassation avait décidé, le 19 décembre 1827, conformément à cette doctrine, en validant une commission de trois quarts pour cent portant sur les soldes des comptes partiels [1]. Un autre arrêt du 11 avril 1840 admet plus formellement encore la faculté de faire porter la commission sur les soldes [2].

Mais le contraire a été décidé par plusieurs cours d'appel, et notamment par celle de Grenoble, le 31 août 1839, et par celle de Douai, le 20 février 1841. L'arrêt de la première juge que la commission ne doit être perçue qu'une seule fois pour chaque négociation ; l'arrêt de la seconde n'admet ce droit qu'en tant qu'il y a eu décaissement de fonds de la part du banquier, ce qui, dit la cour, ne se réalise pas dans le report à nouveau du solde du compte ou dans le renouvellement des billets à leur échéance [3].

La cour de cassation elle-même paraît être revenue sur sa jurisprudence, en décidant, le 2 juillet 1845, que le droit de commission, appliqué par les banquiers aux avances qu'ils font, ne doit être perçu qu'une seule fois sur chaque somme ; que, par suite, il ne peut être établi ni sur les intérêts capitalisés produits par ces avances, ni sur chaque reliquat des comptes arrêtés trimestriellement, et qui serait composé des avances antérieurement frappées du droit de commission [4].

Notons que cet arrêt, émanant de la chambre civile, est diamétralement opposé à ceux rendus par la chambre criminelle les 19 décembre 1827 et 11 avril 1840; notons encore que ses motifs sont purement en droit. En effet, la cour considère : « Que l'arrêt attaqué décide que le droit « de commission, qui avait été relevé sur la « somme entière faisant le reliquat du compte, « ne doit porter ni sur les intérêts capitalisés « qui ont été compris dans ce reliquat, ni sur « les avances de fonds qui, déjà, avaient figuré « dans un compte antérieur, mais que ce droit, « qui ne peut être perçu qu'une seule fois sur « la même somme, ne saurait, par conséquent, « s'appliquer qu'aux sommes fournies depuis le « compte précédent ; que, sans la distinction « admise par l'arrêt, il serait impossible d'at- « teindre l'usure déguisée sous l'apparence du « droit de commission, en telle sorte qu'en ma- « tière d'avances de fonds ou de prêts qui se- « raient successivement reportés dans plusieurs « arrêtés de compte se liant les uns aux autres, « le prix de l'argent ne recevrait d'autres limites « que celles que les parties consentiraient à lui « donner, ce qui serait évidemment la subver- « sion de la loi du 3 septembre 1807. »

Voilà qui est clair, net et positif. Cependant, la même chambre civile a, le 23 juillet 1849, validé un droit de commission portant sur les soldes du compte, c'est-à-dire et sur les capitaux précédemment fournis et sur les intérêts capitalisés. Voici l'espèce de cet arrêt :

Des relations commerciales avaient existé, pendant de longues années, entre la maison Crémieu, Milhaud et Laroque, et M. Reynaud, marchand quincaillier, à Aix. Le compte courant, arrêté annuellement, était au six pour cent réciproque. Une commission, conventionnellement stipulée en faveur de la première, avait été fixée à un sixième sur les nombres.

Après payement définitif, M. Reynaud étant décédé, ses héritiers reviennent contre les divers règlements et demandent la restitution de la commission perçue sur les soldes. Un jugement du tribunal de commerce admet cette prétention : « Attendu que le droit de commission « ne peut être perçu qu'une seule fois sur cha- « que somme, et qu'en la prenant sur le solde « de chaque règlement du compte porté à nou- « veau, la maison Crémieu, Milhaud et La- « roque a non-seulement perçu une double « commission sur le solde du compte porté à « nouveau, mais encore un droit de commission « sur les commissions déjà payées. »

Appel par la maison Crémieu, et, 15 janvier 1844, arrêt de la cour d'Aix qui réforme par les motifs suivants :

« Considérant que l'ouverture d'un crédit donne nécessairement lieu, entre le banquier qui l'accorde et le commerçant qui l'obtient, à de fréquentes opérations de banque et change; que ces opérations autorisent à elles seules le banquier à percevoir, indépendamment de l'intérêt légal, un droit de commission; mais que ce droit de commission représente encore la juste indemnité due au banquier : 1° à raison des chances auxquelles il est assujetti pour le payement ou l'acceptation des traites et effets qu'il acquitte à la décharge de son débiteur; 2° à raison de l'obligation à laquelle il s'est soumis de tenir constamment des fonds à la disposition du crédité, tant que dure le crédit ;

« Qu'il est donc évident que le droit de commission dérive de la nature des choses ; que c'est par ce motif qu'il est généralement admis dans

[1] D. P., 28, 1, 64.
[2] D. P., 40, 1, 411.
[3] D. P., 40, 2, 221 ; J. D. P., t. II, 1841, p. 497.
[4] D. P., 45, 1, 314.

les usages du commerce, et qu'il est, en outre, confirmé par la doctrine des auteurs, consacré par la jurisprudence et reconnu par les héritiers Reynaud eux-mêmes dans les écrits qu'ils ont publiés au procès;

« Considérant que la loi de 1807, n'ayant pour objet que de régler le taux de l'intérêt de l'argent, n'est point applicable au droit de commission; que la quotité de ce droit n'est déterminée par aucun texte de la loi; qu'elle est réglée d'après les usages et la convention des parties, et qu'elle ne saurait être considérée comme constituant une perception usuraire, qu'autant qu'elle serait excessive ou que les opérations qui auraient donné lieu à la perception du droit de commission seraient fictives et couvriraient un intérêt excédant le taux légal;

« Considérant que la sincérité des opérations qui, dans la cause, ont donné lieu à la perception des droits de commission, n'est pas contestée; qu'il s'agit donc uniquement de rechercher si la perception elle-même n'a rien d'exagéré et si elle représente la juste indemnité due au banquier, sans qu'il soit besoin d'examiner le mode de perception qui a été suivi;

« Considérant, en fait, qu'il est établi, par les comptes remis chaque année au crédité, qu'indépendamment des sommes prises ou versées, une foule de remises et valeurs commerciales ont été respectivement données pour être encaissées ou reçues dans les diverses places, ce qui constitue de véritables opérations de banque et de change donnant lieu au droit de commission;

« Que du relevé des opérations pendant les dix-sept années de durée du compte courant, il résulte que le mouvement général du compte a été de 416,000 francs, et le chiffre total de la commission perçue, de 2,999 francs; que ce chiffre, eu égard au mouvement moyen et annuel de 24,500 francs, réduit la commission perçue à une moyenne de soixante-deux centimes pour cent francs;

« Considérant qu'une pareille commission, en présence des usages reçus, ne peut être taxée d'exagération; qu'en effet, au lieu du règlement trimestriel généralement pratiqué, les comptes n'ont été balancés qu'une fois l'an; que, de plus, la maison de banque débitait Reynaud, valeur de l'échéance des traites qu'elle aurait pu négocier à trente jours au pair, et que, pour les valeurs fournies sur ses correspondants, elle payait elle-même un droit de commission sans répétition contre Reynaud;

« Considérant que, accueillir en l'état de ces faits les réductions demandées par les héritiers Reynaud, ce serait refuser, à la maison de banque, la juste indemnité que les usages du commerce, consacrés par une jurisprudence constante, l'autorisaient à percevoir [1]. »

Certes, l'infirmation du jugement, en l'état des motifs l'ayant déterminé, et que nous avons transcrits, placent l'arrêt de la cour d'Aix en contradiction flagrante avec l'arrêt rendu, le 2 juillet 1845, par la cour de cassation. Aussi, les héritiers Reynaud le frappèrent-ils d'un pourvoi, bientôt admis par la chambre des requêtes.

Mais, comme nous l'avons dit, et par arrêt du 23 juillet 1849, ce pourvoi fut rejeté par la chambre civile, qui, dès lors, contrairement à son arrêt de 1845, admit que le droit de commission pouvait légalement porter sur les soldes de compte.

Comment expliquer cette contradiction? Par cette raison unique, à savoir : qu'en pareille matière, il n'y a pas, à proprement parler, de question de droit; tout se réduit à une appréciation de faits, pour laquelle, ainsi que la cour de cassation le disait tout à l'heure, les juges du fond ont un pouvoir souverain. La cour suprême, reconnaissant cette souveraineté, y obéit elle-même. Elle admet ou rejette les pourvois, selon que l'usure a été ou non reconnue.

Une pareille règle est on ne peut pas plus juridique. On doit incontestablement dire, avec la cour d'Aix, que la loi du 3 septembre 1807 ne régit que le taux de l'intérêt; qu'elle n'est nullement applicable à la commission reconnue licite par tout le monde. Le taux de ce droit est donc laissé aux usages de la place ou à l'appréciation des parties elles-mêmes. Mais cette faculté ne saurait comporter une liberté illimitée, et de même que la vente, l'échange, la société, auxquelles la loi de 1807 est bien évidemment étrangère, peuvent cependant être entachées d'usure et annulées, de même l'usure peut prendre le manteau licite du droit de commission, et, dans ce cas, on ne doit pas hésiter à la réprimer. Dès lors, et quel qu'en soit le mode de perception, la commission prélevée s'est-elle renfermée dans des limites justes et raisonnables, elle doit être confirmée; a-t-elle été, au contraire, exagérée au delà des usages commerciaux, elle n'est plus qu'une usure déguisée et, comme telle, on doit la réduire [2]. Or, une pareille appréciation ne peut appartenir

[1] D. P., 44, 2, 198.

[2] Cass., 21 juin 1847; D. P., 47, 1, 312.

qu'aux deux premiers degrés de juridiction.

En résumé, les questions relatives au droit de commission ne peuvent recevoir, en droit pur, une solution absolue. Sa perception déguise-t-elle ou non une usure? Telle est la véritable, la seule difficulté à apprécier. C'est ce qui fait que le mode suivi dans telle espèce sera réprimé, tandis que le même mode ne le sera pas dans telle autre. C'est ce qui rend également raison de la divergence que nous signalions tout à l'heure dans la jurisprudence de la cour de cassation elle-même.

1147. — Nous venons de voir que, dans le commerce, on pouvait régler le compte courant et, conséquemment, capitaliser les intérêts chaque trois mois. Cette faculté a été formellement reconnue par la cour de cassation [1]. Mais pour qu'elle puisse être exercée, il faut : 1° que le compte existe de négociant à négociant. Les relations entre un commerçant et un non-commerçant, quoique constatées par un compte courant, ne peuvent être considérées comme commerciales, surtout à l'endroit de ce dernier. Elles restent donc régies, quant à l'anatocisme, par la disposition de l'article 1154 du Code civil [2]; 2° que le compte ait été réellement arrêté aux époques convenues. En l'absence du règlement trimestriel, on ne pourrait, lors d'un règlement ultérieur, arrêter le compte autrement que d'année en année. En effet, la capitalisation des intérêts n'est que la conséquence de leur exigibilité. Celle-ci ne peut résulter que de l'arrêté du compte aux époques convenues. Si le compte n'a pas été arrêté, il n'y a eu aucuns intérêts exigibles et partant susceptibles d'être capitalisés. On ne pourrait se prévaloir que de la capitalisation se réalisant à chaque fin d'année par la seule force de la loi. Rien ne peut même remplacer le règlement trimestriel, quant à l'exception à l'article 1154. Ainsi, il importerait peu que les relations eussent continué sur le même pied entre les parties, le compte deviendrait purement civil depuis le dernier règlement trimestriel. C'est ce que la cour de cassation vient de décider en cassant un arrêt de la cour de Paris, qui avait jugé le contraire [3].

1148. — Au reste, il est rare qu'un compte courant existe entre un banquier et un non-commerçant; dans de pareilles relations, les avances du premier et la dette du second sont constatées par des effets à terme fixe. Si, à l'échéance, les parties se bornent à renouveler le titre, le banquier peut-il prélever un droit de commission sur ce renouvellement?

Il y a entre le renouvellement d'un billet et le règlement du compte une telle assimilation, que les arrêts que nous venons de rappeler les confondent bien souvent. Conséquemment, il semble que, par une parité de raison, les règles tracées pour l'arrêté du compte doivent s'appliquer au renouvellement.

Cependant il y a, à notre avis, cette énorme différence que le banquier, qui fait un prêt à un non-négociant, ne fait pas un acte de commerce. Que cependant, à cause de sa profession et pour se couvrir de ses frais, on lui alloue une commission à l'origine du prêt, on le comprend, mais qu'on lui permette de répéter cette commission à chaque renouvellement, c'est placer le non-commerçant dans une position pire que le commerçant lui-même; car le compte courant ne peut être réglé tout au plus que quatre fois l'an, et le solde peut en être réduit à des proportions minimes par les sommes qui auront été remboursées pendant le trimestre, tandis que le non-commerçant devra, à chaque renouvellement, l'intégralité du billet qui, pouvant être à l'échéance d'un mois, pourra ainsi donner lieu à douze droits de commission par année.

Cet étrange et inique résultat doit nécessairement amener une autre appréciation que celle que nous venons d'exposer pour les relations de commerçant à commerçant, et nous allons voir que cette nécessité se justifie par des raisons décisives.

Le banquier qui traite avec un non-commerçant fait plutôt l'acte d'un capitaliste que celui d'un banquier. Il doit donc, quant à l'exécution à donner au prêt, occuper une position analogue à celle qui est faite à celui-ci.

On nous objectera sans doute ce que nous rappelions nous-même relativement au solde du compte courant. Le banquier qui renouvelle, au lieu de se faire payer à l'échéance, consent un véritable prêt, car s'il exigeait son argent, et qu'il le plaçât ailleurs, il retirerait de nouveau le droit de commission. Mais cet argument perd de sa force lorsque, au lieu d'une dette commerciale, il s'agit d'une dette civile. En effet le commerce vit de ponctualité et d'exactitude, à tel point que le moindre retard dans les payements constituerait un motif pour faire déclarer la faillite. Celui-là donc qui traite avec un commerçant a le droit de compter sur un payement réel

[1] 10 novembre 1818.

[2] Bourges, 5 juin et 18 décembre 1839; D. P., 40, 2, 196.

[3] Cass., 14 mai 1850; D. P., 50, 1, 157.

et effectif au jour et à l'heure convenus ; il peut même, dans cette prévision, avoir pris des mesures pour un nouveau placement des sommes qu'il recevra. Mais cette ponctualité n'est pas aussi rigoureusement exigée dans la vie civile ; celui qui prête à un non-commerçant peut facilement prévoir que les embarras qui motivent l'emprunt pourront exister encore au moment de l'échéance et mettront son débiteur dans la nécessité de demander un nouveau délai. Cette chance que le banquier a volontairement bravée, qui ne l'a pas empêché de distraire de son commerce la somme qu'il a prêtée, il doit en subir les effets.

D'ailleurs, les éléments du droit de commission ne se concentrent pas tous dans la personne et le caractère du banquier. Si les usages l'ont consacré, c'est également sous le rapport de l'avantage que le commerçant trouve dans le crédit qui lui est fait. Le bénéfice qu'il est dans le cas d'en retirer allége, s'il ne la fait pas disparaître, la charge que le droit de commission lui impose. C'est dans ce sens que Scaccia enseigne que l'argent du commerçant vaut plus que celui du non-commerçant : *Plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris.*

Cet élément essentiel du droit de commission manque absolument dans le prêt fait à un non-commerçant. Il y aurait donc injustice à le placer sur la même ligne, quant aux charges, lorsqu'il ne l'est certainement pas quant aux avantages.

A notre avis donc, le banquier peut, en livrant des fonds à un non-négociant, prélever un droit de commission outre l'intérêt légal; mais ce prélèvement opéré, les obligations de l'emprunteur, quant à l'échéance, se réglant par des considérations autres qu'en matière de créance commerciale, tout ce qui est dû, en cas de retard, c'est l'intérêt légal. Le créancier ne peut donc exiger au delà, sans se rendre coupable d'une véritable usure.

1149. — Dans les nombreux déguisements que revêt l'usure, il en est un fort difficile à saisir et, par cela même, très-redoutable, c'est celui consistant à fondre la stipulation des intérêts avec le capital. Ainsi, un individu consent à prêter un capital de 20,000 francs, mais il exige le dix pour cent. Si une telle stipulation était inscrite ouvertement dans le contrat, son sort ne serait pas douteux, il faut donc la dissimuler. L'acte, en conséquence, mentionne ou que le capital prêté est de 22,000 fr. sans intérêts jusqu'à l'échéance d'une année, ou seulement de 21,000 fr. avec intérêts. On suit la même proportion selon que l'échéance est d'une ou de plusieurs années.

1150. — Dans l'un comme dans l'autre cas, la fraude est flagrante. Cependant comment la saisir sans recourir à une preuve testimoniale ? Mais la demande qui en sera faite soulèvera immédiatement une double exception.

On se prévaudra d'abord de la disposition de l'article 1341, qui prohibe cette preuve outre et hors le contenu aux actes ; on ajoutera ensuite : Si l'acte est frauduleux, la fraude étant le fait commun des deux parties, l'une d'elles ne peut être admise à la prouver.

Mais l'usure, constituant une fraude contre une loi d'ordre public, déroge forcément aux principes ordinaires, et cette dérogation entraîne cette double conséquence : 1° l'inapplicabilité de l'article 1341 ; 2° celle de la maxime *nemo auditur turpitudinem suam allegans* [1].

1151. — La seconde exception peut être tirée de la force de l'acte authentique, comme si cet acte constatait la réelle numération de l'intégralité de la somme portée dans l'acte. Cette indication de l'acte, dira-t-on, doit être crue jusqu'à inscription de faux, et ce préliminaire non réalisé, la preuve testimoniale est inadmissible.

Cette exception devrait être accueillie si les faits à prouver, coarctés par la partie, étaient inconciliables avec les faits que le notaire aurait compétemment constatés, car l'usure elle-même ne saurait porter aucune atteinte à la foi due à l'acte authentique. Mais si, au contraire, les faits avancés ne contrarient nullement les indications de l'acte, s'ils tendent à prouver une simulation dont le notaire lui-même a pu être la dupe, en un mot, s'ils peuvent être vrais sans que ceux exprimés dans le contrat soient faux, la preuve testimoniale doit en être ordonnée, sans qu'on se soit préalablement inscrit en faux. C'est ce que la cour de cassation a jugé dans une espèce où le contrat authentique constatant la réelle numération, le débiteur articulait n'avoir rien emporté des sommes numérées [2].

Ainsi, c'est par la preuve orale, c'est, conséquemment, par les présomptions qu'on pourra, dans notre hypothèse, prouver l'existence de l'usure. On ne serait tenu de s'inscrire en faux contre l'acte authentique que si on soutenait la fausseté de ses indications, par exemple, si on voulait prouver qu'il n'est pas vrai, comme le notaire l'indique, que les sommes aient été dé-

[1] *Vid. infrà*, nos 1185 et suiv.

[2] Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. III, p. 259 et suiv.

posées sur le bureau et numérées au moment de l'acte.

1152. — La preuve de l'usure acquise, quelle en sera la conséquence par rapport à l'acte? La cour d'Agen, par un arrêt du 17 août 1809, avait décidé que cet acte devait être annulé, d'abord pour violation de l'article 1907, en ce qu'il ne portait pas le taux auquel les intérêts avaient été stipulés, puisque ces intérêts cumulés avec le capital ne formaient avec lui qu'un seul tout; ensuite, comme reposant sur une cause fausse, résultant de ce qu'il renfermait un intérêt non exprimé et à un taux non fixé.

Mais cet arrêt a été cassé, le 29 février 1812, pour avoir mal à propos appliqué la loi de 1807, la convention étant antérieure à sa promulgation, et ne pouvant dès lors être régie, quant au taux de l'intérêt, que par l'article 1907 du Code civil.

La cour suprême devait s'arrêter à ce moyen péremptoire. Mais n'eût-il pas existé, que l'arrêt d'Agen n'en aurait pas moins été infailliblement cassé sous un autre rapport. Rien, en effet, dans la loi n'autorisait la nullité de l'acte reconnu usuraire. Tout ce qui pouvait légalement résulter de ce vice était ou la restitution, ou l'imputation des sommes illégalement perçues, ou la réduction de celles irrégulièrement prétendues. Les parties devant, dans le cas d'usure, être ramenées à la vérité des choses, il n'y a de possible que les moyens que nous indiquons et qui font suffisamment disparaître le préjudice dont se plaint le débiteur. Cette solution, appuyée par la raison, admise en doctrine et en jurisprudence, est d'ailleurs formellement écrite dans l'article 3 de la loi du 3 septembre elle-même.

1153. — Un autre mode employé pour déguiser l'usure consiste soit à retenir, au moment du prêt, les intérêts convenus, soit à les stipuler payables en denrées.

La retenue des intérêts, payés même au taux légal, constitue une usure. Elle tend à conférer au créancier un bénéfice au delà de l'intérêt, puisqu'elle lui procure la jouissance d'une somme qui ne peut lui appartenir légitimement qu'au jour où l'intérêt étant échu, elle devient sa propriété; elle porte un préjudice au débiteur, car l'intérêt, étant le prix de la jouissance du capital, n'est que la conséquence de cette jouissance devant porter sur ce capital intégral. Or, la retenue fait disparaître une partie de ce capital, qui n'est pas dès lors réellement prêt en totalité, tandis que c'est sur cette totalité que l'intérêt est établi. En conséquence, le créancier perçoit un intérêt qui ne lui est pas dû, et le débiteur paye réellement au delà du taux légal, il y a donc usure [1].

1154. — L'exigence d'un intérêt en denrées remonte au seizième siècle. La précision que le numéraire envoyé par le nouveau monde ne manquerait pas de faire hausser le prix des blés, vins, huiles et autres denrées, fit que quelques spéculateurs convertirent leurs rentes en rente en blés, et cette prévision ne fut pas trompée [2]. Depuis, cet intérêt, que Dumoulin qualifiait de périlleux pour les débiteurs, n'a pas manqué d'être exploité par ceux qui, voulant se procurer, malgré la loi, un avantage illégitime, s'ingénient à s'en procurer les moyens.

En conséquence, on stipule une quantité déterminée de denrées à livrer en échange du payement des intérêts d'un capital quelconque. L'usurier a le soin de calculer cette quantité sur un prix tellement bas qu'il a d'avance la certitude que la denrée ne descendra jamais jusque-là, et il s'assure ainsi un intérêt pouvant atteindre à des proportions énormes par la cherté de la denrée au moment de l'échéance.

Ainsi la chance aléatoire, que cette opération paraît offrir, est d'avance fixée contre le débiteur, et ses résultats seraient aujourd'hui ce qu'ils furent autrefois, c'est-à-dire tellement désastreux qu'une ordonnance de Charles IX, de 1565, convertit à prix d'argent, et au taux légal du denier douze, toutes les rentes en blés. Cette ordonnance est-elle exécutoire encore en ce sens qu'on doive aujourd'hui convertir en argent et au denier vingt tous les intérêts stipulés en denrées?

L'affirmative est soutenue par Chardon. L'édit de 1565, dit cet auteur, avait été abrogé par le décret du 5 thermidor an IV, mais celui-ci a été à son tour abrogé par la loi de 1807. D'autre part, les motifs qui existaient en 1565 existent encore, il y a donc nécessité de revenir à cette disposition [3]. Cette opinion s'étaye sur un arrêt de la cour de Paris du 2 mai 1823.

Nous dirons, avec Troplong [4], que cette doctrine repose sur une erreur de droit manifeste. La loi de 1807 n'exige qu'une seule chose, à savoir : que l'intérêt d'un capital prêté en argent ne s'élève pas à plus du cinq ou du six pour cent, selon que le prêt est civil ou commercial, mais elle ne prescrit aucun mode spécial pour le

[1] Rolland de Villargues, *Prêt à intérêt*, n° 20.
[2] Troplong, *du Prêt*, n° 393.
[3] *Du Dol et de la Fraude*, n° 478.
[4] *Loco citato*.

service de cet intérêt. Il dépend donc des parties d'en régler le payement selon leur convenance, à la seule obligation de ne pas franchir les limites de la loi elle-même. Conséquemment la stipulation que l'intérêt sera payé en denrées n'a rien d'illicite, rien de prohibé.

Ce qui est réellement prohibé, c'est de se servir de cette stipulation pour pallier l'usure. Mais à cet égard, la loi a pourvu à tous les intérêts, en permettant au débiteur de répéter ce qu'il a indûment payé, et son appréciation est facile. Les mercuriales fixant le prix des denrées, le rapprochement de la quantité annuellement fournie indiquera nettement si le taux légal a été dépassé, et déterminera d'une manière précise le chiffre des restitutions.

Ainsi la stipulation d'un intérêt en denrées est légale, seulement on ne peut avec son secours dépasser le taux de la loi, tout ce qui aura été payé en delà serait répétible.

Il en est de même pour le remboursement du capital, on peut le stipuler payable en denrées. Mais la quantité de celles-ci ne pourrait, dans aucun cas, dépasser le capital, on saurait bien sans cela en exiger une telle que le débiteur rendrait toujours plus qu'il n'a reçu.

1155. — Mais si le prêt a été fait en denrées, celui qui l'a consenti pourra stipuler que celui à qui il donne cent mesures lui en rendra cent dix ou cent vingt. Le prix des denrées étant essentiellement variable, le débiteur profite de la chance de la diminution, comme le créancier de celle de l'augmentation, et il peut se faire que le prêt s'opérant dans un moment de cherté, et la restitution dans un temps contraire, l'intégralité de ce qui est rendu, quoique supérieure en quantité, soit en réalité encore inférieure à la valeur de ce qui a été emprunté. D'ailleurs la loi de 1807, ne réglant que l'intérêt de l'argent, ne saurait avoir aucune influence sur les prêts de denrées.

Toutefois il y a là un aliment pour la fraude et un péril pour les emprunteurs. Les usuriers simuleront un prêt en denrées pour éluder l'application de la loi et assurer ainsi les exactions qu'ils commettront, mais cette simulation, comme toutes les autres, pourra être atteinte par les tribunaux. Réalisée pour pallier l'usure, elle sera susceptible d'être prouvée par témoins et même par présomptions, et les tribunaux, à qui une pareille opération sera dénoncée, ne valideront que celle qui a réellement offert, par son véritable caractère, cette chance aléatoire dont nous parlions tout à l'heure.

1156. — Partout, en effet, où l'événement est attaché à une condition aléatoire, la loi de 1807 est inapplicable. C'est par application de cette règle qu'on a validé les prétentions de la caisse hypothécaire et consacré les intérêts et les droits qu'elle exige. Nous lisons dans l'arrêt de la cour de cassation, du 21 mai 1834 : « Que l'escompte et les primes au moyen desquels cette « caisse, d'après ses statuts approuvés par le « gouvernement, exécute ses opérations, imprimente au traité qui intervient entre les parties « prenantes et elle le caractère d'un contrat « aléatoire. » Voilà pourquoi elle écarte l'application de la loi de 1807.

La conséquence qu'il faut en déduire, c'est que la caisse hypothécaire ne peut jouir de l'immunité, quant à la loi de 1807, qu'en tant qu'elle se renferme dans la lettre de ses statuts. Toute indemnité qu'elle stipulerait sans en trouver le droit dans ces statuts, à quelque autre titre que ce fût, devrait lui être refusée comme un intérêt usuraire, c'est ce qui a été formellement décidé dans une espèce où prévoyant le cas de l'expropriation de l'emprunteur, avant le terme des obligations, elle s'était fait concéder deux annuités non encore échues pour le dédommagement de ses frais et faux frais. Le payement de ces deux annuités, ayant été réclamé après expropriation, fut contesté. Un arrêt de la cour de Grenoble le consacra. Mais cet arrêt, dénoncé à la cour suprême, fut cassé pour contravention notamment à la loi du 3 septembre 1807. Voici les raisons à l'appui de cette cassation :

« Attendu que les statuts d'une société anonyme légalement autorisée sont la loi des parties qui traitent avec cette société ; que les statuts de la caisse hypothécaire n'autorisent point à percevoir au delà des règles tracées sur les conditions des emprunts qui lui sont faits ; qu'en autorisant la perception de deux annuités en sus de celles souscrites pour le remboursement de l'emprunt, à titre d'indemnité du retard et des faux frais causés par l'expropriation forcée, la cour d'appel de Grenoble a accordé une indemnité excédant la mesure fixée par l'article 1153 du Code civil ; qu'en outre elle a accordé des intérêts excédant le taux légal, et qu'en cela elle a expressément contrevenu tant audit article 1153 qu'aux propres statuts de la société, et à la loi du 3 septembre 1807 [1]. »

1157. — La condition aléatoire qui a fait admettre l'exécution des statuts de la caisse hypothécaire a fait exclure, de l'application de la

[1] Cass., 30 juillet 1834.

loi de 1807, le prêt à la grosse, la cession, la rente viagère.

Dans le prêt à la grosse aventure, le prêteur est exposé à perdre non-seulement tout ou partie des intérêts, mais encore le capital qu'il fournit. Vouloir, en l'état d'une pareille chance, le soumettre à ne retirer de son argent que l'intérêt ordinaire, c'était rendre impossible un prêt qui fournit au commerce maritime tant et de si précieuses ressources.

C'est ce qu'a compris le législateur, et il a sagement évité le danger en dégageant le prêt à la grosse de toute entrave, et en laissant à la libre convention des parties le profit maritime à stipuler [1]. Tout ce qui, dans cet intérêt, excède le taux légal, n'est considéré que comme une juste compensation du péril que brave le prêteur.

De là il suit que l'existence de ce péril est un des éléments essentiels de ce prêt. Le prêteur qui n'a réellement couru aucune des chances d'une navigation réelle et effective ne pourrait prétendre à un intérêt exclusivement attaché à ces chances.

1158. — Supposer qu'on puisse simuler un contrat à la grosse uniquement pour pallier l'usure, c'est paraître supposer une chose impossible. Mais une espèce rapportée par la *Gazette des Tribunaux*, du 9 septembre 1827, prouve que cette supposition n'a rien de chimérique. et que l'ardeur insensée d'une incroyable avidité peut aller jusque-là.

Un sieur Paoli, d'Ajaccio, faisait de nombreux prêts usuraires. Croyant se placer à l'abri de toutes poursuites, il avait fait du contrat à la grosse le type exclusif de toutes ses opérations. L'avocat, le prêtre, l'aubergiste, le propriétaire, qui recourait à lui, se transformait immédiatement en patron de navire, était obligé de souscrire un contrat à la grosse aventure, avec des intérêts non moins gros, bien entendu.

Poursuivi cependant comme coupable d'habitude d'usure, Paoli est condamné par le tribunal correctionnel à une amende de 8,000 francs. Il émet appel du jugement, et il soutient devant la cour qu'un prêt à la grosse ne pouvait, dans aucun cas, donner lieu à une poursuite en usure; qu'il ignorait ou pouvait ignorer quelle destination les emprunteurs devaient donner à cet argent; et que les contrats qu'il avait faits ne pouvaient changer de nature, parce que les emprunteurs n'avaient pas voulu faire une spéculation maritime.

Il était impossible qu'une pareille défense pût réussir. Aussi la cour confirma-t-elle le jugement.

La morale de cet arrêt, c'est qu'il ne suffit pas de qualifier un acte de contrat à la grosse pour acquérir le droit de s'en faire payer les intérêts. Il n'y a lieu à tolérer cet intérêt que lorsqu'en fait le capital prêté a subi les chances qui l'ont fait laisser à la libre stipulation des parties. Hors de là, il n'y a plus qu'une usure déguisée sous des dehors trompeurs, et qu'il est du devoir de la justice de réprimer sévèrement.

1159. — Il est incontestable que la cession se prête admirablement à déguiser l'usure et à favoriser un intérêt excessif. Cependant si le contrat de cession est sincère, et c'est aux tribunaux qu'il appartient de le décider, l'usure ne saurait exister, quelque importante que soit la prime accordée au cessionnaire.

La raison en est que la cession est au civil ce que l'escompte est au commerce. Les motifs qui légitiment celui-ci justifient celle-là. L'une et l'autre constituent plutôt un achat qu'un prêt proprement dit; et, en matière d'achat et de vente, la fixation du prix est laissée à la libre volonté des parties.

Conséquemment, si l'acte qualifié de cession en renferme les éléments, si on y retrouve ces conditions substantielles : *res, pretium et consensus*, il ne peut être querellé d'usure et doit être exécuté dans toutes ses dispositions. C'est ce que la cour de cassation a décidé d'une manière formelle, au rapport de Troplong [2].

Si, au contraire, les parties n'ont pris la forme de la cession que pour se livrer impunément à l'usure; s'il n'y a eu qu'un prêt simulé sous les apparences d'un autre contrat, tout ce qui excède l'intérêt légal n'est pas dû. On peut dès lors non-seulement ne pas le payer, mais même le répéter, si déjà on l'a fait. Nous rappellerons à cet égard que l'appréciation du véritable caractère de l'acte est abandonnée à l'arbitrage souverain du juge; et que sa décision, d'après les faits et circonstances de la cause, d'après l'intention des parties, est à l'abri de toute censure.

Il y a plus encore, une cession réelle peut ne pas être pure d'usure. Tel serait le cas de la cession qu'un débiteur ferait de ses revenus en payement des intérêts qu'il doit à son créancier. Il est évident qu'il y a là un transport sérieux, mais pour qu'il y ait juste prix, il faut que les revenus cédés ne soient pas d'un chiffre supérieur à celui des intérêts légaux; s'ils les dépassent, l'exécution de la cession consacrerait

[1] Art. 311 du Code de commerce.

[2] 8 mai 1844; D. P., 44, 1, 241.

l'usure. Le cédant serait donc recevable à demander que l'excédant lui soit restitué, ou tout au moins successivement imputé sur le capital.

1160. — Le prêt à rente viagère peut être stipulé au taux qu'il plaît aux parties d'arrêter. Telle est la disposition expresse de l'article 1976 du Code civil. La loi de 1807 n'ayant rien statué à cet égard, elle reste sans application à la rente viagère.

Ce silence de la loi s'explique fort bien par la nature essentiellement aléatoire de ce contrat. D'une part, le capital est aliéné sans retour, et dès lors la rente, n'étant plus la représentation de la jouissance temporaire de ce capital, ne peut plus être qualifiée d'intérêt proprement dit; d'autre part, la mort du crédirentier amènera, *ipso facto*, la suppression de la rente, et cette mort étant essentiellement incertaine, le débiteur, s'il est exposé à payer beaucoup, peut également ne payer que fort peu. On le voit, le législateur ne pouvait que s'en référer à ce qui serait convenu par les parties. Il devait consacrer les engagements qu'une pareille éventualité est dans le cas de déterminer.

1161. — La nature et le caractère de ce contrat paraissaient devoir l'empêcher de devenir un instrument d'usure. Il n'en a rien été, et, sous ses formes, s'est quelquefois glissée une avide et déloyale prétention. En voici un exemple :

En 1807, le sieur Capey se constitua débiteur envers le sieur Havas, banquier, moyennant une somme de 10,000 francs, d'une rente viagère de 1,500 francs, *rachetable après quatre ans*. Depuis, le sieur Havas se rend cessionnaire d'une autre rente viagère de 800 francs due par Capey.

Plus tard, en 1824, ces deux rentes sont converties, par Capey et les héritiers Havas, en une rente perpétuelle de 1,400 francs sur un capital de 28,000 francs, que les héritiers Havas prétendent avoir été touché par Capey, ainsi qu'ils se proposent de l'établir par leur compte.

A l'échéance du premier terme, poursuites en payement de la part des héritiers Havas. Ils prétendent que Capey a reçu le capital de 28,000 francs, tant par les sommes prêtées que par les arrérages qu'il doit.

Pour arrêter ces poursuites, Capey forme lui-même une demande tendant à faire déclarer que, depuis 1817, il avait été convenu que la rente de 2,500 francs serait réduite à 1,400 francs; que cette convention ayant été exactement remplie, lui, Capey, n'était redevable d'aucuns arrérages de l'ancienne rente; que, dès lors, il ne devait payer la rente perpétuelle de 1,400 francs qu'autant qu'on compléterait le capital de 28,000 francs.

Jugement qui rejette cette prétention. Appel.

Devant la cour, Capey soutient que non-seulement il ne restait redevable d'aucuns intérêts arrérages, mais que la majeure partie de ceux qu'il avait payés n'était pas due; qu'on devait la lui restituer ou lui en tenir compte; qu'en effet, les arrérages, n'étant produits que par un prêt déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, devaient être réduits au taux légal du cinq pour cent, et que les sommes réduites, devant se compenser avec celles qu'il avait reçues, rendaient d'autant moins fondée la prétention du service actuel de la rente perpétuelle de 1,400 francs.

Les intimés, voyant dans cette prétention une demande nouvelle, la soutinrent non recevable en cause d'appel. Au fond, excipant de l'article 1976, ils contestaient le droit de quereller d'usure la rente viagère; ils soutenaient d'ailleurs que le contrat ayant été exécuté plus de dix ans, l'action serait éteinte par la prescription, indépendamment de la novation qu'ils faisaient résulter de l'acte de 1824.

Mais la cour de Caen, sans s'arrêter à toutes ces fins de non-recevoir, annule le prétendu contrat à rente viagère de 1807, sur les motifs : en droit, qu'il n'était pas permis de créer un contrat de ce genre pour masquer, sous des apparences trompeuses, un contrat usuraire, et que les tribunaux sont investis dans ce cas, comme dans tout autre, du pouvoir de réprimer la fraude; en fait, parce que le contrat de 1807 était frauduleux et simulé, ce que la cour déduit des faits et circonstances, et notamment de la faculté au débiteur de se racheter dans quatre ans, de la constitution de la rente sur trois têtes, des habitudes usuraires de Havas, qui n'avait jamais établi des rentes de ce genre avant la loi de 1807, enfin de la conversion, en 1824, de la rente viagère en rente perpétuelle.

Cet arrêt, rendu le 26 mai 1829, fut déféré à la cour de cassation, et par celle-ci confirmé dans toutes ses dispositions. Voici en quels termes la cour régulatrice repousse le moyen tiré de la violation de l'article 1976 :

« Attendu que l'arrêt ne porte aucune atteinte à la liberté des stipulations sur les rentes viagères; qu'il juge seulement que, dans l'espèce, un contrat de prêt a été déguisé sous l'apparence d'un contrat de rente viagère, dans l'objet d'éluder la loi qui prohibe toute stipulation d'intérêt usuraire; qu'il était dans les attributions de la cour de rechercher ce qui s'était réellement

passé entre les parties, et qu'après avoir reconnu que leur convention était un prêt à intérêt, elle devait réduire, comme elle l'a fait, l'intérêt au taux légal [1]. »

Comme on le voit, l'usure se glisse partout, essaye toutes les chances de se dissimuler et emprunte la forme du contrat qui lui paraît le plus favorable. Tout cela prouve la sagesse de la jurisprudence qui, par l'admission de la preuve testimoniale et par celle des présomptions, facilite les moyens de la démasquer et de lui faire perdre le bénéfice illégitime qu'elle s'était proposé.

1162. — Il n'est pas de contrat que l'usure n'ait tenté de vicier. La donation elle-même n'a pas été à l'abri de ses efforts. Ainsi un prêt est consenti à l'intérêt légal, mais le prêteur exige et obtient, soit avant soit après le contrat, une donation d'une somme plus ou moins forte, laquelle, dans l'intention des parties, n'est pas autre chose qu'un supplément d'intérêt.

Petit [2] pense que, dans la question d'appréciation de la validité d'une pareille donation, les faits et les circonstances sont d'une grande importance, cette question ne pouvant être résolue, en droit, d'une manière absolue. Petit se trompe en droit, et cela le plus absolument possible. La donation renfermant une usure palliée est nulle et sans effets possibles, le droit n'est pas douteux. Ce qui peut offrir une difficulté, c'est la question de savoir si l'usure existe ou non, et nous comprenons que la solution de cette difficulté dépendra des faits et circonstances. Il est cependant une considération qui domine la matière et qui semble devoir faire admettre le caractère usuraire de l'acte, à savoir : l'existence d'une donation par le débiteur au créancier. N'est-il pas, en effet, extraordinaire que, d'une part, celui qui se trouve réduit à emprunter, ou qui ne peut se libérer de ce qu'il doit, aliène ses biens à titre gratuit en faveur de son créancier, tout en restant grevé de la dette? que, d'autre part, le créancier ait le courage d'accepter les dons d'un débiteur qui ne peut pas se libérer, et qu'il ne lui concède pas en échange la décharge de la dette [3]?

Que faut-il donc conclure de cette étrangeté? Pas autre chose sinon que la donation n'est que la condition et la conséquence du prêt, soit qu'elle ait été consentie pour le déterminer, soit qu'elle ait servi à obtenir une prorogation du terme de l'exigibilité. Dans l'un comme dans l'autre cas, elle n'a qu'une cause illicite et ne peut être considérée comme l'effet d'une volonté libre. Quelques termes qu'on emploie, elle est en réalité imposée par un homme en position de dicter la loi, *debitor servus est fœneratoris*. Il y manque le *nullo jure cogente*, qui est de l'essence de la donation, car *egestas excludit voluntarium* [4].

1163. — C'est ainsi que l'avait admis l'ancienne jurisprudence, c'est ce qu'enseignaient notamment d'Argentré, Dumoulin et Pothier.

Pour que le présent, dit ce dernier, que le prêteur a reçu de l'emprunteur soit réputé lui avoir été fait librement, et ne soit pas en conséquence infesté du vice d'usure, il faut que l'emprunteur ne l'ait fait que dans le temps qu'il a rendu la somme prêtée, ou après. S'il l'avait fait auparavant, il serait présumé ne l'avoir fait que pour que le prêteur ne le pressât pas pour le payement, et, par conséquent, ne l'avoir pas fait avec liberté entière, ce qui suffit pour que ce présent, que le prêteur a reçu, soit regardé, en quelque façon, comme exigé, et, par conséquent, comme infesté du vice d'usure [5].

1164. — La question, s'étant présentée depuis la loi de 1807, a été résolue par la cour de Pau conformément à cette doctrine. Son arrêt ayant été cassé, l'affaire fut renvoyée devant la cour de Bordeaux qui, comme celle de Pau, annula la donation [6].

Hâtons-nous d'observer que l'arrêt de Pau, quant aux principes, ne fut nullement improuvé par la cour de cassation. Ce qui détermina l'annulation de l'arrêt ne fut que l'admission d'un moyen de forme. Aussi, et malgré que la cour de renvoi ait jugé plutôt en fait qu'en droit, n'hésitons-nous pas à faire comme Chardon et Dalloz, c'est-à-dire à adopter pleinement la doctrine enseignée par la cour de Pau.

1165. — Sans doute cette doctrine souffre des exceptions. Ainsi si la donation faite au créancier se trouve parfaitement expliquée par les liens de parenté, d'alliance ou de vieille affection; si des services signalés, rendus depuis le prêt, et indépendamment de son existence, la motivent et la justifient, il y aurait injustice à l'anéantir. La qualité de créancier et de débiteur devient, dans ce cas, indifférente. Nul ne doit être privé d'un émolument légitimement ou naturellement acquis, par cela seul que, dans une cir-

[1] 31 décembre 1853 ; D. P., 34, 1, 140.
[2] *Traité de l'usure*, p. 61.
[3] Chardon, *Dol et Fraude*, n° 515.
[4] Troplong, *du Prêt*, n° 367.
[5] *De l'Usure*, n° 99.
[6] D. P., 29, 2, 134 et 135.

constance plus ou moins critique, il serait venu au secours d'un parent ou d'un ami, en lui ouvrant sa bourse.

Que l'appréciation du juge soit appelée sur l'existence, sur la réalité de moyens justificatifs de la donation, rien de plus équitable et de plus simple. Mais nous persistons à croire que, lorsque le donataire en sera réduit à invoquer sa qualité de créancier, à ne parler que de l'avantage que sa condescendance à le devenir a procuré au débiteur, la donation doit être considérée comme la condition du prêt; comme ne faisant avec lui qu'un tout indivisible, inséparable; qu'on doit conséquemment l'annuler parce qu'elle n'a jamais été, selon l'expression de Dumoulin, *liberalis et vere spontanea.*

1166. — Il n'en est pas ainsi de la donation que le débiteur ferait à son créancier, après l'avoir intégralement remboursé. Délivré, par le payement, de la contrainte morale à laquelle il est censé céder avant, le débiteur a repris sa liberté, rien ne le soumet plus à obéir à des exigences illégitimes, et s'il donne, c'est qu'il en a librement conçu et exécuté la pensée.

Cependant Troplong pense que, même dans ce cas, le juge doit consulter et vérifier les circonstances ayant présidé à l'accomplissement de l'acte. Elles seules, dit cet illustre jurisconsulte, peuvent le mettre à même de décider si la rémunération du débiteur a été réellement le fruit d'une pensée spontanée et libre.

1167. — La prohibition de recevoir au delà de l'intérêt légal comprend non-seulement le profit que se procurerait le prêteur en exigeant réellement quelque chose en sus des intérêts qu'il doit percevoir, mais encore celui résultant pour lui des services personnels auxquels l'emprunteur se serait soumis, outre les intérêts convenus à un taux légal.

Toutefois l'usure n'existe réellement qu'en tant que le profit exigé par le prêteur est une charge imposée à l'emprunteur. Conséquemment elle n'existerait dans l'espèce que si les services personnels étaient appréciables en argent.

1168. — Pour décider s'il en est ou non ainsi, il faut non-seulement considérer la nature du service, mais encore son caractère relativement à la qualité et à la profession de celui qui se l'est imposé. Souvent, en effet, ce qui aggraverait la position de l'un sera sans la moindre influence sur celle de l'autre.

Par sa nature, le service sera appréciable en argent, si celui qui doit le rendre ne peut le faire sans s'imposer un sacrifice ou sans se priver d'un profit. Ainsi, dit Pothier, si je prête à un jardinier à la charge, outre l'intérêt légal, de me tailler mes arbres, le service sera appréciable en argent. Ce que je donnerais à l'ouvrier qui serait chargé de faire mon travail, ce que perd mon débiteur en consacrant gratuitement à mon service les journées qu'il utiliserait chez lui ou ailleurs, sont le double élément de cette appréciation. Il y a évidemment usure, car je réalise un profit et mon débiteur s'impose une perte.

Mais ce qui est une charge pour le jardinier n'en est pas une pour celui qui, instruit dans l'art de tailler les arbres, ne fait pas de son exercice une profession, ou n'en retire aucun profit. Si donc je prête à celui-ci à la même condition qu'au jardinier, le service que je lui impose n'est plus appréciable en argent. Il est vrai que, pour moi, ce service est une économie, mais il est, de la part du débiteur, plutôt un acte d'obligeance qu'il n'aura pas cru, si l'on veut, pouvoir me refuser, mais qui n'est jamais dans le cas de lui imposer un sacrifice quelconque, ni aucune perte appréciable.

On voit, par cet exemple, comment on doit appliquer la condition que les services soient appréciables en argent, et dans quels cas on devrait admettre ou repousser la demande en restitution, fondée sur des services personnels, exécutés outre et indépendamment du payement des intérêts.

1169. — L'usure peut se glisser dans le contrat de société. Ce que nous avons dit précédemment nous dispense d'insister à ce sujet. Nous nous en référons à nos précédentes observations [1].

1170. — La vente est favorable à la dissimulation de l'usure. La liberté que ce contrat laisse aux parties de fixer le prix, soit en capital, soit en intérêts, devait fixer l'attention et exciter la convoitise de ces hommes dont l'unique but est de se soustraire aux exigences de la loi de 1807.

Nous avons déjà dit que la délivrance d'une certaine quantité d'objets mobiliers était bien souvent pratiquée par les usuriers pour ajouter encore à l'énormité des intérêts qu'ils exigent. Nous avons dit aussi qu'il n'y a pas réellement vente dans ce cas; qu'on ne peut voir, dans cette délivrance, qu'un prêt, qu'une usure criarde qu'il est du devoir des magistrats de réprimer sévèrement [2].

1171. — Peut-on quereller d'usure la vente

[1] Voy. *suprà*, n° 1071.

[2] Voy. *suprà*, chap. II, sect. III, nos 939 et suiv.

de marchandises faite par un commerçant? Non, évidemment, si la vente est réelle, si le vendeur n'a fait qu'un de ces actes dont la répétition et la fréquence constituent l'industrie à laquelle il est voué. Il importerait peu que le prix de la marchandise eût été porté à un taux plus élevé que le cours du moment. C'est surtout en matière de commerce qu'on peut dire, avec le jurisconsulte romain : *In pretio emptionis et venditionis, naturaliter licet contrahentibus se circumvenire* [1]. D'autre part, la qualité de l'acheteur peut être telle, que la cherté du prix soit dans de justes proportions avec le danger de non-payement que court le vendeur.

Cependant cette cherté, poussée jusqu'à de certaines limites, pourrait constituer la fraude, surtout si, par sa position, son âge, son peu d'intelligence, l'acheteur n'avait pas été à même de défendre suffisamment ses intérêts, ou si elle était le résultat de manœuvres illégitimes.

Hors de ces hypothèses, la vente de marchandises, quel qu'en soit le prix, ne pourra être légalement querellée d'usure. D'abord, parce que l'acheteur a pu débattre le prix; ensuite, parce qu'en matière de vente mobilière, il n'existe pas d'action en lésion, et c'est cette action qu'on prétendrait se procurer par l'articulation d'une usure.

Mais si, sous prétexte de vendre, le commerçant n'avait, en réalité, consenti qu'un prêt, l'action en usure serait recevable. En effet, par cela seul qu'on est commerçant et qu'on paraît ne faire que des actes de commerce, on ne saurait impunément se livrer à l'usure. Les magistrats ont donc le devoir d'apprécier l'opération querellée, et, s'ils sont convaincus qu'il s'est agi non d'une vente, mais d'un prêt à un intérêt supérieur au taux légal, ils doivent appliquer, sans hésitation, la loi de 1807 [2].

Ainsi, la question que nous avons posée est plutôt en fait qu'en droit. Elle est, dès lors, livrée à l'arbitrage souverain du juge.

1172. — La vente d'un immeuble peut également ne constituer qu'un prêt usuraire simulé. Une espèce remarquable, jugée par la cour de Paris, le 2 mai 1823, indique les caractères auxquels on doit reconnaître cette fraude.

Par acte sous seing privé, du 1er avril 1809, Baudot vendit au sieur Cordier plusieurs immeubles moyennant 1,000 francs, qu'il reconnut avoir reçus comptant.

Par acte notarié, du 12 du même mois, Cordier revendit les mêmes immeubles à Baudot, moyennant une redevance annuelle de six hectolitres deux décalitres huit décilitres (seize bichets, ancienne mesure d'Auvergne), de blé froment, payable le 1er avril de chaque année et rachetable par une quantité de blé égale à vingt prestations annuelles.

Après la mort de Baudot, qui avait toujours exactement servi cette rente, ses héritiers déclarèrent vouloir la racheter, et firent au sieur Cordier une offre réelle de la somme de 1,000 francs, pour éteindre et amortir la rente créée par leur auteur.

Cette offre ayant été refusée, les héritiers Baudot en poursuivirent judiciairement la validité. A cet effet, ils prétendirent que les actes d'acquisition et de revente des 1er et 12 avril 1809 étaient simulés; qu'ils avaient été faits le même jour, et qu'ils n'avaient eu pour objet que de dissimuler un prêt usuraire.

Indépendamment d'une exception de prescription décennale, Cordier soutenait au fond : que les actes attaqués étaient sérieux et sincères; qu'ils faisaient pleine foi de leur contenu contre Baudot et ses ayants cause; qu'ainsi, la redevance avait été stipulée non pas pour une somme de 1,000 francs, mais pour le prix des biens par lui vendus au sieur Baudot par le contrat du 12 avril 1809, et qu'il n'y avait rien d'usuraire dans une pareille stipulation; qu'alors même qu'on supposerait, contre la teneur des actes et contre la vérité des faits, que la rente eût été constituée moyennant un capital de 1,000 francs, il n'y aurait encore lieu de modifier une convention qui ferait la loi des parties; que la qualité et le prix des grains étant nécessairement variables, ce serait un pacte aléatoire, dans lequel il serait impossible de voir le caractère de l'usure.

Ce système échoue devant le tribunal d'Auxerre, qui, rejetant la prescription, statue au fond par les motifs suivants :

« Considérant que le sieur Cordier, entendu en personne, avoue avoir acheté de l'auteur des héritiers Baudot, moyennant 1,000 francs, le 1er avril 1809, par acte privé, les héritages qu'il lui a revendus le 12 du même mois, par acte authentique, moyennant une rente en grains, remboursable en valeur de grains; qu'ainsi, il est évident que la vente du 12 avril 1809 n'est qu'une voie indirecte imaginée par le défendeur à l'effet d'obtenir, à son profit, une rente en grains en ne fournissant que de l'argent pour

[1] L. 16, Dig., § 4, *de minoribus* XXV *annis*.

[2] Cass., 21 août 1829; D. P., 29, 1, 343.

capital ; que, par cela seul, la rente devrait être convertie en argent ; qu'en effet, l'édit de 1565 défend de constituer une rente de grains pour un capital en argent, à peine par les constituants d'être poursuivis comme usuriers ; que cette prohibition est renouvelée implicitement, il est vrai, mais nécessairement par la loi de 1807, qui interdit toute autre stipulation d'intérêt conventionnel qu'au taux du cinq pour cent du capital, ce qui suppose un revenu fixe et en numéraire et inconciliable avec un intérêt consistant en denrées, dont le prix varie sans cesse ;

« Considérant, en outre, qu'indépendamment de cette première violation de la loi, le contrat du 12 avril 1809 a créé une énorme usure, le capital fourni par Cordier n'étant que de 1,000 francs et devant lui produire, au lieu de 50 fr., seize bichets de blé à raison, en tout temps, de 6 francs 12 centimes le bichet, indépendamment de ce que le capital à rembourser est lui-même fixé en grains, en sorte qu'il y a double usure. »

Cordier ayant émis appel de ce jugement, la cour de Paris le confirme purement et simplement par l'adoption des motifs.

1173. — A notre avis, ces documents judiciaires ne méritent qu'un seul reproche, à savoir : d'induire de la loi de 1807 la confirmation implicite des principes consacrés par l'ordonnance de 1565 sur la stipulation d'un intérêt en denrées. Ainsi que nous venons de le dire, cette stipulation est aujourd'hui incontestablement licite, à condition que l'intérêt en denrées n'excédera pas le cinq pour cent, quelle que soit la quantité promise. Au fond, et quant à la réduction, la décision du tribunal est non-seulement équitable, mais encore au plus haut point juridique. Elle ressortait, invinciblement, des circonstances du fait. Il est évident que les seize bichets de blé n'étaient que l'intérêt des 1,000 francs prêtés, et que les deux ventes des 1er et 12 avril n'étaient qu'un moyen détourné pour déguiser ce qu'un pareil intérêt avait d'illégal. Cette simulation était tellement transparente, que les héritiers Baudot avaient raison lorsqu'ils l'appelaient une fiction maladroite. Elle n'était, en effet, pas autre chose que le contrat *mohatra,* appliqué à une vente d'immeubles.

1174. — Cette évidence, susceptible d'être acquise dans toute autre espèce, explique pourquoi les tribunaux seront rarement appelés à statuer sur des hypothèses de cette nature. Il faut à l'usure des chances plus sûres, et la vente à réméré semble faite pour les lui offrir.

Dans l'opinion de Chardon, ce contrat ne paraît pas avoir d'autre objet que d'aider l'usure dans ses perfides spéculations [1]. Cette appréciation, la doctrine ancienne l'avait déjà faite : *Via aperta ad illicitum fœnus exercendum,* disait Dumoulin [2], en parlant de la vente à réméré. C'est ce qui explique les répugnances qu'il fallut vaincre lorsqu'il fut question de l'inscrire dans le Code.

Ceux-là mêmes qui en votèrent le maintien ne se dissimulaient pas les graves inconvénients qu'elle est dans le cas d'entraîner. Celui qui se réserve de reprendre ce qu'il aliène, n'a pas, évidemment, l'intention de vendre, et, s'il le fait, c'est qu'il ne peut autrement pourvoir aux besoins qu'il a actuellement à satisfaire. Il ne vendrait donc pas si son crédit pouvait lui procurer les sommes qui lui sont indispensables.

1175. — La vente à réméré offre donc plutôt l'idée d'un prêt que celle d'une vente. Mais, dans ces termes mêmes, il a paru convenable de la maintenir. En effet, le répit qu'elle offrira au débiteur peut lui fournir le moyen de vaincre les embarras pécuniaires le forçant à y recourir. Elle peut, dès lors, lui conserver un patrimoine qu'il eût été forcé, sans son secours, d'aliéner d'une manière définitive et à un prix inférieur à sa valeur réelle. Il ne manque pas, en effet, de gens capables de spéculer sur le besoin que le vendeur a de se défaire de ses biens, besoin qu'ils exploitent, qu'ils ne demandent pas mieux que d'exploiter.

D'autre part, la vente à réméré n'offrira jamais un prix proportionné à la valeur réelle, et plus l'acquéreur aura en vue un avantage usuraire, plus il réduira la somme pour rendre cet avantage plus considérable en cas de non-exercice du rachat. De plus, si l'immeuble est réellement livré, l'acquéreur en retirera les revenus, qui devront excéder l'intérêt légal. Ainsi, usure dans la perception de cet intérêt, usure sur le remboursement du capital, si la propriété n'est pas rachetée, telle est la double face que présente ce dangereux contrat.

Il suit de là que la justice a le plus rigoureux devoir à éclairer l'opération qui lui est dénoncée, à la rétablir dans son véritable caractère, à lui restituer ses effets naturels. Elle empêchera ainsi la consommation d'une fraude trop facile pour ne pas être très-souvent tentée.

1176. — Nous nous sommes déjà occupés de

[1] *Dol et fraude,* t. III, no 527.

[2] *De usu.,* quest. 56, no 392.

la recherche des circonstances de fait pouvant donner à la vente à réméré le caractère d'un contrat pignoratif. Ces circonstances sont, avons-nous dit, 1° la vileté du prix; 2° le pacte du rachat; 3° la relocation; leur réunion, avons-nous ajouté, peut suffire pour faire admettre l'absence d'une vente [1].

1177. — Peut-on arriver au même résultat, si ces trois circonstances n'existaient pas simultanément? A cet égard une distinction nous paraît indispensable.

1178. — Ce qui est surtout dans le cas de changer la nature apparente du contrat, c'est le fait de la transmission conditionnelle et temporaire de la propriété de la chose vendue. Évidemment si ce transport est fait de manière définitive et irrévocable au moment du contrat et par le contrat même, il serait difficile de voir dans ce contrat autre chose qu'une véritable vente à des conditions plus ou moins avantageuses, mais ne pouvant, dans aucun cas, autoriser une autre action que celle en lésion.

Dès lors, la stipulation de rachat est indispensable, son absence enlèverait tout moyen de soutenir que la vente n'est qu'un contrat pignoratif. Vainement, en cet état, arguerait-on de la vileté du prix et de la relocation. La première ne serait à considérer que si elle occasionnait une lésion atteignant les proportions établies par l'article 1674. La seconde ne constituerait plus que l'exercice licite d'un droit exclusivement dévolu au propriétaire.

Mais le pacte de rachat stipulé dans l'acte, la réunion des deux autres circonstances est en quelque sorte la preuve qu'il s'agit d'un contrat pignoratif. L'absence de l'une d'elles affaiblit cette preuve, mais ne la fait pas disparaître complétement, en ce sens que la présomption que l'existence de l'autre fait naître est de nature à déterminer la conviction que les autres faits du procès peuvent confirmer.

1179. — Ainsi la vileté du prix coïncidant avec le pacte de rachat, confirme ce que celui-ci fait présumer, à savoir : l'absence chez le vendeur de toute intention de vendre. La faculté de racheter est incompatible avec l'idée d'aliéner; que sera-ce donc si à cette faculté se joint un prix évidemment en dessous de la juste valeur? Il n'y a plus alors qu'une seule explication admissible, c'est que le prétendu vendeur a accepté comme prêt la somme qu'il n'eût jamais acceptée comme l'équivalent de ses biens. La prétendue aliénation qu'il en fait n'est donc plus que la garantie de ce prêt. On ne saurait décider le contraire sans se placer en contradiction avec la vérité, sans consacrer la spoliation que l'usure s'est ménagée.

Chardon, qui professe cette doctrine, s'étaye sur cet exemple : Jacques, voulant emprunter 6,000 francs, vend à Jean, moyennant cette somme, un domaine affermé 600 francs et l'acquit des contributions, avec la faculté de racheter ce domaine dans cinq ans, en rendant les 6,000 francs. Qui refuserait, dit cet auteur, de voir, dans ce traité, un prêt à dix pour cent, offrant en outre la perspective pour le prêteur d'obtenir le double de son capital, si l'emprunteur ne profite pas du délai pour se libérer? Pour tolérer une pareille exaction, il faudrait méconnaître et l'article 2088 du Code et la loi de 1807 [2].

La vileté du prix, qui ne serait pas par elle seule un indice de fraude, la fait fortement présumer lorsqu'elle se réunit au pacte de rachat.

1180. — La relocation ne produit pas, dans les mêmes circonstances, un effet moins décisif. D'une part, le pacte de rachat, disions-nous, exclut toute intention de vendre; de l'autre, la relocation fait supposer que l'acheteur n'a pas voulu sérieusement acheter. Celui qui acquiert réellement une chose ne le fait que pour la posséder et en jouir. Comment donc interpréter la conduite de cet acquéreur, dont le premier acte est de laisser la jouissance et la possession aux mains du vendeur?

Vainement exciperait-on de l'existence d'un bail pour justifier la précarité de la possession du vendeur, l'existence de ce bail serait sans influence aucune, parce que la réussite de la simulation dont il est argué l'amenait forcément. Elle n'est qu'une conséquence de l'apparence donnée à l'acte. Vouloir donc justifier celle-ci par celle-là, c'est appeler la fraude au secours de la fraude. D'ailleurs, s'il n'y a pas vente, il y a prêt, et dès lors nécessité de stipuler un intérêt quelconque. C'est cet intérêt que la nécessité de la stipulation a fait qualifier prix d'un bail, qualification qui devait tomber devant la certitude qu'il n'existe pas de vente sérieuse.

La faculté de rachat et surtout la rétention de la possession excluent toute idée de vendre chez le prétendu vendeur. Le consentement donné à cette rétention, même par un bail formel, exclut chez l'acquéreur l'intention d'acheter. La coïncidence de ces deux présomptions doit être considérée comme établissant sans réplique le véritable caractère de l'acte.

[1] Voy. *suprà*, chap. II, sect. III, n° 946.

[2] *Du Dol et de la Fraude*, n° 512.

Ainsi donc la réunion des trois circonstances que nous avons énumérées n'est pas nécessaire. Il suffit qu'au pacte de rachat vienne se joindre ou la vileté du prix ou la relocation. Si elles existaient toutes trois, la démonstration de la fraude n'en serait que plus évidente. Au reste, nous dirons à cet égard ce que nous avons déjà dit et ce que nous serons amené à répéter encore : en cette matière, comme dans toutes les appréciations de fait, la solution est livrée à l'arbitrage souverain du juge. Elle peut constituer un bien ou mal jugé, jamais une violation de la loi susceptible de censure de la part de la cour de cassation [1].

1181. — L'acte de vente déclaré contrat pignoratif est nul comme vente, il n'a donc jamais pu en produire les effets. Ainsi la propriété n'a pas cessé de résider sur la tête du débiteur. Elle est donc soumise aux droits que les créanciers de celui-ci auraient acquis avant la résolution du contrat, comme elle est affranchie de toutes les charges dont le prétendu acquéreur l'aurait grevée. Par rapport à lui, l'acte ne lui confère qu'un simple droit d'obligation l'autorisant à se faire rembourser du capital et des intérêts légaux.

Ce résultat est indépendant d'une usure quelconque. Le contrat pignoratif ne peut dans aucun cas, aux termes de l'article 2088, transférer au créancier la propriété, il ne lui donne que le droit, à défaut de payement au terme convenu, de poursuivre l'expropriation des biens qui lui ont été donnés en antichrèse. En conséquence le contrat de vente, reconnu n'être qu'un contrat pignoratif, ne saurait produire d'autres effets, alors même qu'il ne renfermerait aucune usure.

Si l'usure existe, il est pourvu à l'intérêt du débiteur par l'imputation de ce qu'il a indûment payé, d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital.

1182. — L'usure, qui a abusé du contrat de mariage, de la donation, du contrat à la grosse, de la vente, a aussi tenté de se déguiser derrière l'échange. C'est ce que pratiquait un usurier d'Alsace. Il achetait habituellement de petits héritages, et lorsqu'on venait lui emprunter de l'argent, il obligeait l'emprunteur à en prendre un à titre d'échange pour le prix qu'il y mettait. De cette manière il ne figurait que comme créancier d'une soulte et jamais comme prêteur. Il espérait ainsi jouir impunément du fruit de ses rapines, car il s'assurait par ce moyen un intérêt quelquefois de 50 et de 80 pour cent.

Mais son attente fut déçue; un de ces prétendus échanges ayant été déféré à la justice, la cour de Colmar refusa de reconnaître les caractères de ce contrat, le déclara un simple prêt usuraire et l'annula, délaissant les parties à se régler pour ce qui avait été réellement prêté, compensation faite avec ce qui était déjà payé [2].

1183. — Nous pourrions multiplier les exemples et, parcourant tour à tour les autres contrats, démontrer qu'ils peuvent aussi, quelle que soit leur spécialité, recéler l'usure sous des apparences de légalité irréprochable. Nous en avons dit assez pour prouver que l'usure est douée d'une subtilité qui ne le cède qu'à son audace. Il faut donc, pour la combattre et la vaincre, une perspicacité rare, une patience à toute épreuve, une persévérance obstinée. La loi, en conférant la répression aux tribunaux, leur a conféré le pouvoir que cette mission exigeait, en les armant du droit d'apprécier souverainement les faits et les actes, et de s'arrêter plutôt à l'intention des parties qu'à la lettre, même expresse, de leur contrat. Que les magistrats veillent donc avec une sévère exactitude, mais que l'horreur de l'usure ne les entraîne jamais à porter atteinte à des conventions légitimes, injustement attaquées. Impitoyables pour la fraude, ils doivent, avec la même rigueur, proscrire les attaques que dicterait l'imprudence ou la déloyauté.

1184. L'usure ne devient un délit que par la répétition et la fréquence des actes qui la constituent. La loi correctionnelle n'atteint, en effet, que l'habitude, mais chaque fait usuraire ouvre une action à la partie lésée. Dans l'un et dans l'autre cas, l'usure se déguisant à l'aide de titres écrits qu'il faut anéantir, on a prétendu que soit l'action au civil, soit celle du ministère public au criminel, ne pouvait être admise que si elle s'étayait d'une preuve écrite.

1185. — L'article 1341, a-t-on dit, proscrit toute preuve testimoniale outre et contre le contenu de l'acte. Par application de ce principe, on doit reconnaître que l'habitude d'usure, quoique constituant un délit, ne peut être établie par la preuve testimoniale. Il est, en effet, des délits qui n'admettent pas ce genre de preuve; telle est notamment la violation de dépôt, lorsqu'il s'agit d'objet valant plus de 150 francs.

Mais ce système proscrit par la cour de cassation, le 2 décembre 1813, a été depuis complétement abandonné.

1186. — Battue sur ce terrain, l'objection s'est rejetée sur l'action de la partie qu'elle a

[1] Cass., 3 mars 1825; D. P., 25, 1, 177.

[2] 25 mars 1825; D. P., 25, 2, 173.

voulu repousser par la même fin de non-recevoir. Ce système, consacré par un arrêt de la cour de Pau, est celui qu'adopte Sirey [1].

1187. — Mais le système contraire, soutenu par de nombreux et graves auteurs, [2] a prévalu en jurisprudence [3]. Il faut bien le reconnaître, sans cette solution, les lois répressives de l'usure n'étaient plus qu'une lettre morte sans application possible.

On ne viole pas une loi formelle sans prendre toutes les précautions susceptibles d'assurer la réussite du projet ayant déterminé cette violation. Comment se flatter de voir l'usure laisser sur son passage des traces écrites, elle qui, pour mieux se déguiser, emprunte toutes les formes, déploie toutes les ruses les plus subtiles, et sait ainsi se soustraire parfois à toute poursuite? Mettre sa répression au prix d'une preuve écrite, autant valait la proclamer inviolable.

Est-il vrai, d'ailleurs, que l'article 1341 puisse régir la matière? Cet article ne concerne que l'intérêt particulier, dont elle prévoit et punit la légèreté et l'imprudence. Chaque partie peut renoncer à un avantage personnel, et cette renonciation, la loi la fait résulter de l'absence d'une preuve écrite. Mais nul ne peut renoncer à une prescription d'ordre public, répudier le commandement d'une prohibition dans un intérêt général. Or l'usure intéresse l'un et l'autre, et, à ce double titre, son inefficacité est absolue, radicale et n'admet pas même de convention contraire. Serait-il donc possible de faire, par un défaut de preuve littérale, ce que ne ferait pas l'engagement le plus positif?

1188. — Troplong a raison. Le simple bon sens indique que telle n'a pas été la pensée du législateur. Car, pour décider le contraire, il faudrait aller jusqu'à admettre que la loi a eu pour objet d'assurer l'impunité à l'usure qu'elle semblait proscrire, et de donner aux usuriers une égide et un encouragement pour ne laisser aucune trace apparente de leurs pratiques abusives, pour envelopper les desseins de leur cupidité sous les couleurs trompeuses d'un acte licite.

D'ailleurs, si le délit d'usure ne résulte que de l'habitude, il est certain que cette habitude n'est elle-même que la conséquence naturelle des faits divers la constituant. Dès lors chacun de ces faits est un élément essentiel du délit, sans être le délit lui-même. La loi qui réprime celui-ci ne saurait tolérer des actes qui aboutissent à le caractériser.

Enfin la participation du débiteur au contrat n'est d'aucune considération. D'abord parce qu'il n'appartient à personne de violer l'ordre public ou l'intérêt général [4]. La nullité résultant de cette violation, étant absolue, peut être invoquée par tous. Ensuite, parce qu'en matière d'usure le débiteur est censé céder à une violence morale à laquelle il ne peut résister.

1189. — La preuve testimoniale est donc admissible pour le fait spécial d'usure comme pour le délit lui-même. De là cette conséquence que, sans y recourir, les juges peuvent déclarer la convention usuraire, si des présomptions graves, précises et concordantes viennent leur en donner la conviction.

1190. — Dans l'hypothèse même où ces présomptions, où la preuve testimoniale ne paraîtraient pas décisives, les juges pourraient, en vertu des articles 1366 et 1367, déférer le serment supplétoire. Cette faculté, que Chardon s'efforce de justifier, n'est contestée par personne. Oui, les juges le peuvent. Le doivent-ils? c'est ce qui est plus délicat et plus grave.

Il est peu d'exemples d'un individu reculant devant la nécessité d'affirmer sous serment l'allégation qu'il a judiciairement produite et soutenue. Déférer à une partie la décision de son procès, c'est s'exposer à ne pas toujours consacrer la vérité.

Chardon, cependant, enseigne non-seulement que les juges ne doivent pas hésiter à déférer le serment, mais encore qu'il convient de le déférer au débiteur alléguant l'usure. Mais, en pareille matière, l'absolu offre d'inévitables dangers.

1191. — Nous tenons donc que la plus extrême prudence doit diriger l'exercice de cette faculté; que le serment ne doit être déféré que lorsque, par la gravité des présomptions relevées, cette formalité est en réalité une précaution pour vaincre un dernier scrupule de la conscience. Si le juge n'est pas convaincu, si les présomptions ne lui paraissent pas recevables, un serment prêté après un tel débat rassurera-t-il et sa raison et sa conscience?

1192. — Quant à celui à qui le serment doit être déféré, nous ne voyons pas de moyen de le désigner sans empiéter sur la conscience du juge. La loi l'autorise à le déférer à l'une des parties; c'est donc à sa sagesse et à sa prudence

[1] 17 mars 1821; Sirey, 25, 1, 45 et 46.

[2] Toullier, t. IX, no 193; Chardon, no 520; Troplong, no 405; Duranton, t. XIII, no 332; Garnier, *de l'Usure*, p. 110; Zachariæ, t. III, § 98, note 20; Duvergier, no 307; Dalloz, t. XII, p. 721.

[3] Caen, 25 juillet 1827; Bourges, 2 juin 1831; Sirey, 30, 2, 204 et 32, 2, 120; cass., 28 juin 1821 et 18 février 1829, D. P., 29, 1, 375.

[4] Limoges, 28 février 1839; D. P., 39, 2, 267.

qu'elle s'en rapporte. Il est d'ailleurs seul en état d'apprécier les antécédents et la moralité des plaideurs, et s'il est vrai qu'une précédente condamnation pour usure dût rendre le créancier suspect, il peut se faire aussi que la conduite passée du débiteur ait été telle qu'il y aurait danger à s'en rapporter à lui. Il faut donc s'en tenir à l'avis de la loi elle-même, et laisser le magistrat arbitre souverain d'un choix qui lui appartient exclusivement.

1193. — L'existence de l'usure prouvée, le contrat qui en est vicié doit être ramené à des proportions légales. Le débiteur est dès lors autorisé à se faire restituer, soit directement, soit par imputation sur ce qui reste dû, toutes les sommes qu'il a indûment payées. L'action quant à ce, formellement édictée par l'article 3 de la loi du 3 septembre, n'a jamais rencontré de contradiction, ni soulevé de difficultés.

1194. — Cette action est ouverte en faveur du débiteur, ses héritiers ou ayants cause, y compris ses créanciers. Ces derniers ont un intérêt évident à tout ce qui est de nature à grossir l'actif de leur débiteur. On ne saurait donc les évincer de l'instance que, dans le silence de celui-ci, ils auraient eux-mêmes introduite, soit pour constater l'usure, soit pour en revendiquer les conséquences. Cette instance trouverait sa recevabilité dans la disposition des articles 1166 et 1167 du Code civil.

1195. — L'action en réduction ou en compensation est toujours une action principale que le débiteur ou ses ayants cause doivent directement exercer. Elle ne peut jamais être jointe à l'action en répression du délit poursuivi par le ministère public.

Nous l'avons déjà dit : ce qui constitue le délit d'usure, c'est l'habitude ; sans doute chaque fait spécial est un des éléments du délit, mais n'est pas le délit lui-même. Dès lors l'action civile se poursuivant concurremment avec l'action criminelle, ne pouvant résulter que d'un délit, n'appartient à aucun des débiteurs lésés par le fait spécial.

De là il suit que, quels que soient les termes de l'article 3 de la loi du 3 septembre 1807, on ne doit confondre ni le principe ni les effets des deux actions qu'il autorise. Ainsi le tribunal correctionnel, compétent pour juger le délit d'habitude, a sans doute la faculté, pour la détermination de l'amende, de relever et d'indiquer nominalement les créances qu'il trouve usuraires, mais cette indication faite épuise sa compétence, en ce sens qu'il ne peut prononcer ni résiliation ni compensation. L'une ou l'autre ne peuvent être que la conséquence d'une action dont la connaissance est exclusivement déférée aux tribunaux civils.

1196. — De plus, et en vertu du principe de la séparation du criminel et du civil, la chose jugée par le tribunal correctionnel n'a aucune influence nécessaire dans l'instance civile. Ainsi, quoique la créance, dont la réduction fait l'objet de celle-ci, se trouve nommément parmi celles déclarées usuraires et ait concouru à la détermination de l'amende, le tribunal civil peut ordonner une instruction nouvelle et écarter la prétention d'usure, si son existence ne lui paraît pas suffisamment démontrée. On comprend, en effet, que le prévenu d'habitude d'usure, se débattant contre une masse de faits, n'ait pu faire pour chacun d'eux des justifications qu'une attaque, concentrant la difficulté sur un seul point, lui permettra d'offrir.

Par la même raison, la créance, que le tribunal correctionnel n'aurait pas rangée dans la classe des faits usuraires, pourra être considérée comme telle par le tribunal civil, l'instruction ordonnée sur l'action du débiteur étant de nature à confirmer une prétention qui ne s'appuyait, dans la poursuite criminelle, que sur le dire personnel du débiteur lui-même.

1197. — Ainsi l'exception péremptoire de chose jugée ne peut résulter ni en faveur, ni au détriment du créancier, de la décision intervenue sur la poursuite du ministère public. Cette exception, le jugement qui aurait prononcé la légitimité de la créance contradictoirement entre le créancier et le débiteur, pourrait seul l'établir ; ainsi le débiteur poursuivi en payement, et condamné définitivement, ne pourra plus soutenir que la dette était entachée d'usure ; c'était là une exception de nature à mettre obstacle à la condamnation, tout au moins à la faire modifier. Il devait donc l'opposer, et le silence qu'il a gardé avant cette condamnation, il n'est plus recevable à le rompre après, il ne peut en être relevé que si le jugement peut encore être attaqué par les voies ordinaires.

1198.— En effet, l'exception d'usure, étant un moyen et non une nouvelle demande, peut être proposée pour la première fois devant la cour d'appel ; c'est ce que la cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 31 décembre 1833 [1].

1199. — Chardon pense qu'un jugement intervenu sur l'exécution du titre, spécialement

[1] D. P., 34, 1, 140.

sur la validité d'une saisie mobilière, ne constituerait pas la chose jugée sur la légitimité du titre [1]. Nous ne saurions être de son avis, surtout après avoir consulté l'espèce qu'il emprunte à Dumoulin, et sur laquelle il étaye son opinion. Dans cette espèce, en effet, c'était un créancier disputant un droit de priorité dans une instance en distribution du prix d'une maison saisie. Conformément à la loi de l'époque, tous les créanciers avaient été admis à la saisie, et c'est dans cette admission purement conservatoire que le créancier contesté voulait trouver une fin de non-recevoir contre l'usure qui lui était reprochée. Cette fin de non-recevoir fut repoussée, car l'admission pouvait bien au pis aller conférer la qualité de créancier, mais non déterminer le chiffre exact de la créance, ni encore moins la purger du vice d'usure qui, comme l'observe Dumoulin lui-même, n'avait pas même été articulé : *In quo de usura non fuerat disputatum*.

Tout cela n'a rien de commun avec la décision rendue sur la validité de l'exécution d'un titre entre créancier et débiteur. Le sort de la saisie dépend évidemment de celui de la créance, surtout en matière d'usure. Son existence reconnue amène la nécessité d'un règlement pour établir le chiffre de la restitution ou de l'imputation. Elle enlève donc à la créance toute liquidité. Or, on ne peut saisir que pour une somme liquide et exigible. La validité de la saisie, reconnaissant ce double caractère aux sommes exigées, établit donc explicitement la légitimité de la créance.

L'opinion de Chardon ne nous paraît donc pas admissible, tout au moins faudrait-il en réduire l'application au cas où la saisie n'aurait été contestée que sous le rapport de la forme. Dans cette hypothèse, en effet, on ne saurait opposer au débiteur qu'une reconnaissance implicite de la validité du titre, résultant de ce qu'il n'aurait contesté la saisie qu'en la forme. Mais à ce reproche le débiteur pourrait répondre que le vice d'usure ne pouvant être ratifié, sa reconnaissance implicite ne saurait sortir à effet.

1200. — Le fondement de cette réponse est parfaitement juridique; en effet, l'usure et sa répression intéressant l'ordre public, le vice que son existence crée n'est pas susceptible d'être expressément, et moins encore tacitement ratifié.

Le motif de cette prohibition est puisé dans la considération que nous rappelions tout à l'heure, à savoir : que le débiteur est censé céder à une violence morale. Or, ce défaut de liberté, existant à l'endroit du titre constitutif de l'usure, existerait également à l'endroit de l'acte de ratification; ce qui vicie le premier vicierait donc infailliblement le second.

Mais de là cette conséquence que la ratification, donnée expressément ou tacitement après la libération, rendrait toute recherche ultérieure non recevable. Le débiteur qui a payé reprend toute sa liberté, il n'a plus rien à redouter des exigences de son créancier. L'action en répétition qui lui reste est une faveur de la loi à laquelle il lui est loisible de renoncer; cette renonciation s'induit de la ratification; dès lors l'existence de celle-ci rendrait à l'avenir toute réclamation non recevable, à moins que l'acte de ratification ne fût que le résultat du dol ou de la fraude.

Il en est de la transaction comme de la ratification, celle qui serait consentie pendant l'existence de la dette serait sans effet et ne ferait nul obstacle à la restitution intégrale du débiteur usuré; au contraire, celle intervenue après payement sortirait définitivement à exécution, et les sommes abandonnées ne pourraient plus être répétées. Celui qui peut valablement renoncer au tout peut incontestablement renoncer à la partie, donc celui qui a la faculté de ratifier purement et simplement peut, à plus forte raison, transiger.

1201. — Une autre fin de non-recevoir pourrait être opposée par le créancier à la demande en restitution, à savoir : celle tirée de la prescription. La question de savoir si le fait usuraire est susceptible de prescription a été controversée dans l'ancien droit, elle ne l'est plus aujourd'hui. L'affirmative, que soutenait Dumoulin [2], est admise en doctrine et en jurisprudence.

A quel moment convient-il de fixer le point de départ de cette prescription? Évidemment au jour où l'opération s'étant liquidée, les parties sont devenues étrangères l'une à l'autre. En effet, tant que le débiteur ne s'est pas libéré, l'usure se continue et se poursuit; elle se renouvelle à chaque perception. Conséquemment, si pendant cette période la prescription pouvait courir, il arriverait un moment où, par son accomplissement, la fraude aurait acquis une existence certaine en commandant l'exécution, c'est-à-dire qu'on acquerrait le droit de violer la loi, par cela seul qu'on l'aurait violée pendant un temps fort long.

[1] *Dol et fraude*, n° 531.

[2] *De Usu.*, quest. 17, n° 190.

D'autre part, le débiteur menacé de poursuites, ou poursuivi à chaque nouvelle échéance, ne peut, par son silence antérieur, avoir aliéné le droit de se défendre, et ce droit renaît avec les prétentions qu'il a pour objet de combattre. Il peut donc être exercé tant que le créancier vient par ses demandes en provoquer l'exercice, sans avoir égard au temps plus ou moins long qui sépare les demandes de l'origine de la créance : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.* Voulût-on considérer les payements antérieurs comme une reconnaissance du droit, qu'on n'arriverait à aucun résultat utile, puisque, ainsi que nous venons de le voir, l'usure n'est pas susceptible d'être reconnue ou ratifiée tant que le débiteur est asservi à ses liens.

La prescription ne peut donc courir contre le débiteur qu'à partir de sa libération. Alors, en effet, le droit de réclamer l'indemnité du préjudice est acquis, et avec son ouverture commence contre le débiteur une véritable mise en demeure de l'exercer. Son silence a une signification d'autant plus expresse qu'il est en position d'abandonner formellement l'avantage que la loi lui assure, et c'est dans le sens de cet abandon qu'il doit être interprété. Jusque-là, en effet, tout ce qu'il a fait n'est considéré que comme le résultat de la contrainte morale qu'il subissait, mais cette contrainte cessant ne pourrait plus ni expliquer ni excuser son inaction.

1202. — Par quel laps de temps le créancier aura-t-il prescrit contre le débiteur ?

En thèse ordinaire, l'action pour usure ne se propose qu'un seul but, celui de faire ordonner la restitution de ce qui a été injustement perçu d'une part, indûment payé de l'autre. Elle est donc une véritable action en répétition, et, comme telle, elle ne se prescrit que par trente ans.

Vainement a-t-on excipé des termes de l'article 1304 pour soutenir que la prescription décennale était applicable; cet article ne régit que les actions en nullité ou en rescision. Or, l'acte entaché d'usure n'est ni nul ni rescindable, il est seulement réductible. Ainsi l'usure admise, reste un engagement licite pour tout ce que le débiteur a réellement reçu, et dont rien ne peut empêcher la stricte exécution dans les proportions réduites. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin [1] : *quia condicens indebitum non dicitur venire contra pacta et conventa, nec petere illa rescindi.*

Si donc l'action n'est pas celle de l'article 1304, il devient évident que sa durée ne saurait être régie par lui. Elle reste donc soumise soit au principe général, soit au principe spécial à la répétition de l'indu.

1203. — Toutefois cette règle n'est applicable qu'à l'usure ressortissant d'un acte d'obligation pur et simple. L'usure palliée sous l'apparence d'un autre contrat obéit à d'autres principes. L'action, en ce cas, prend tous les caractères de celles dont il est question en l'article 1304. Il ne s'agit plus, en effet, d'une action simple en répétition, mais bien en nullité de la vente, de la donation recélant l'usure. Cette nullité prononcée, l'acte est anéanti dans tous ses effets. L'action est donc, dans ce cas, réellement *contra pacta et conventa,* elle a pour objet principal leur rescision, *petit illa rescindi*, elle doit conséquemment être intentée dans les dix ans.

1204. — Mais, ainsi que nous l'avons fait observer ailleurs [2], ce délai s'applique à l'action directe du débiteur. Si l'usure palliée avait créé un contrat dont le créancier demanderait l'exécution, la prescription lui serait en tout temps opposable, en force de la maxime que nous rappelions tout à l'heure : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

SECTION VII.

FRAUDES DANS LES MANDATS.

SOMMAIRE.

1205. — Caractère et importance du contrat de mandat.
1206. — Facilités qu'il offre à la fraude.
1207. — Conséquences.
1208. — Le mandataire répond de sa faute.
1209. — Obligations que crée l'acceptation du mandat.
1210. — Forme de l'acceptation. — Peut-elle résulter du silence gardé sur la proposition?
1211. — *Quid* pour les notaires, avoués, commissionnaires?
1212. — Obligations imposées en cas de refus.
1213. — Conséquences de l'acceptation.
1214. — Obligation d'accomplir le mandat jusqu'à révocation.
1215. — Première exception à cette règle. — Devoirs du mandataire placé dans l'impossibilité de remplir le mandat.
1216. — Seconde exception. — Force majeure.
1217. — Devoir du mandataire de se conformer strictement à son mandat, quant à la quantité et à la qualité des choses demandées.
1218. — Quant au prix.
1219. — La chose achetée au delà de ce prix doit-elle rester pour le compte du mandant, si le mandataire prend l'excédant à sa charge?

[1] *Quest.* 19, no 200.

[2] Voy. *suprà*, nos 631 et suiv.

1220. — La limitation du prix ne fait pas disparaître l'obligation d'acheter à un prix moindre, s'il y a possibilité.
1221. — Devoir du mandataire de rectifier l'erreur évidente du mandant.
1222. — Le mandataire est tenu d'administrer en bon père de famille.
1223. — Délits caractérisés par l'infidélité du mandataire. — Différence entre l'abus d'un blanc seing et les détournements.
1224. — Peine contre l'application, à l'usage personnel du mandataire, des fonds provenant du mandat.
1225. — Nécessité d'entreprendre, dès l'acceptation, l'opération faisant la matière du mandat.
1226. — De tenir le mandant au courant de l'affaire.
1227. — Administration du mandataire. — Ce qu'on doit attendre de lui.
1228. — Il commet une faute grave s'il divulgue le secret de l'opération.
1229. — S'il accepte comme bonnes des marchandises de qualité inférieure ou mauvaise.
1230. — S'il traite avec des individus notoirement insolvables.
1231. — S'il substitue ses pouvoirs sans y être autorisé, et, en cas d'autorisation, s'il choisit une personne incapable ou insolvable.
1232. — Responsabilité du mandataire vis-à-vis des tiers.
1233. — Obligation du mandataire de rendre compte. — Étendue de cette obligation.
1234. — Elle comprend les profits, même illégitimes, réalisés à l'occasion, mais non ceux opérés par l'abus, du mandat.
1235. — Mais le mandataire ne peut s'attribuer au delà du salaire convenu.
1236. — Obligations du mandant par rapport au mandataire.
1237. — Conditions exigées pour que les tiers puissent recourir contre le mandant.
1238. — Première condition : se réalise le plus ordinairement en matière civile et dans le commerce pour les affaires traitées par commis voyageurs.
1239. — Nature des pouvoirs de ceux-ci. — Importance de sa détermination.
1240. — Règles s'induisant de l'autorisation donnée au mandataire commercial d'agir en son propre et privé nom.
1241. — Exceptions à la première règle : 1° Lorsque le mandataire est légalement le représentant du mandant.
1242. — 2° Lorsque celui-ci étant notoirement connu, c'est à lui que les tiers sont présumés avoir fait confiance.
1243. — Controverse à ce sujet. — Opinion de Pothier, de Delamarre et Lepoitevin, de Troplong.
1244. — Conclusion.
1245. — Exception à la seconde règle en matière d'assurances. — Premier motif : empêcher que l'assurance ne soit qu'un jeu.
1246. — Deuxième motif : responsabilité du mandant quant aux prescriptions de l'article 348 du Code de commerce.
1247. — Responsabilité mutuelle du mandant et du mandataire.
1248. — Celle du dernier ne s'étend pas au dol du mandant.
1249. — Conséquences légales de la désignation du mandant.
1250. — Deuxième condition : Que le mandataire n'ait pas excédé ses pouvoirs.
1251. — Effets de l'excès, relativement au mandataire.
1252. — Relativement aux tiers.
1253. — Exceptions à la règle qu'en cas d'excès le mandant n'en est pas tenu. — Première, obscurité ou ambiguïté du mandat.
1254. — Deuxième, excès fondé sur la procuration elle-même. — Devoirs du mandant pour la restitution de celle-ci.
1255. — Troisième, modifications du mandat par acte séparé.
1256. — Quatrième, ratification. — Ses caractères. — Ses effets.

1205. — Le mandat est un des contrats les plus importants, les plus utiles, en matière commerciale surtout. Grâce à son utile secours, chacun peut agir dans les localités les plus éloignées et étendre ses relations sans être exposé de recourir à des préposés spéciaux dont le moindre inconvénient était la dépense considérable qu'ils entraînaient. Aussi est-ce avec toute raison que Savary a pu dire qu'il n'y a rien qui maintienne tant le commerce, que les commissionnaires ou correspondants. Car, par leur moyen, les marchands et banquiers peuvent négocier dans tout le monde, sans sortir de leurs magasins ou comptoirs [1].

Les services que le mandat est appelé à rendre au commerce se réalisent également, quoique dans de moindres proportions, dans les affaires civiles. C'est en usant de ce contrat que les citoyens peuvent agir dans les lieux les plus éloignés de leur domicile, sans se donner le souci, les fatigues et les dépenses d'un long voyage.

1206. — Mais par cela même que ce contrat exige, d'une part, le plus complet abandon, la plus entière confiance; d'autre part, la bonne foi la plus loyale, son exécution peut offrir beaucoup de dangers par la facilité qu'elle offre pour toute sorte de fraude. C'est cette conviction qui faisait Savary s'écrier : *Qui fait ses affaires par commission va à l'hôpital en personne.* Cependant, nous venons de le voir rappeler tout ce qu'un pareil contrat a d'avantageux pour le commerce. « Mais, dit-il, si un commissionnaire est très-affectionné à conserver les intérêts du commettant, il est certain qu'il est capable de le ruiner. Il y en a un nombre infini d'exemples, et je puis parler comme savant, pour y avoir été plusieurs fois trompé, et je l'ai aussi vu en plusieurs arbitrages, dont j'ai été sur des différends qu'il y avait entre des commettants et des commissionnaires, où j'ai vu des tromperies effrayables [2]. »

Le commerce n'a pas exclusivement le triste

[1] *Parfait négociant*, l. 3, chap. Ier; *Des Commiss.*, t. Ier, p. 234.
[2] *Ibidem*, chap. VIII, p. 114.

privilége des hommes capables de ces *effrayables* tromperies. Le mandat civil offre des chances identiques. Nous pourrions aussi citer de nombreux exemples de mandataires infidèles, qu'une coupable avidité a portés à ne voir, dans le mandat, qu'une spéculation à leur profit, et dont la fortune s'est scandaleusement créée sur les débris de celle dont la gestion leur était confiée.

1207. — Un pareil danger, quelque grave qu'il soit, ne pouvait pas faire disparaître de nos Codes le mandat civil ou commercial, mais il exigeait un surcroît de précaution; et dans l'examen de leur accomplissement, une sévérité d'appréciation capable de déjouer et de décourager la fraude. Plus encore que dans la vente, l'échange ou le louage, il fallait donner le caractère frauduleux à l'infraction d'une obligation ou d'un devoir, abstraction faite de l'intention qui en a été le mobile. C'est en pareille matière surtout qu'on doit dire, avec le législateur romain : *Fraus non in consilio, sed in eventu.*

1208. — C'est ce que le législateur de notre Code a admis. En effet, l'article 1992 déclare le mandataire responsable non-seulement de son dol, mais encore de sa faute, alors même que le mandat est gratuit. Dans ce dernier cas, seulement, la faute est moins sévèrement appréciée, ce qui était naturellement indiqué par la raison et la justice.

Telle était aussi l'opinion de cette école italienne qui a versé tant de lumières sur la matière commerciale. Et par faute, on entendait même l'erreur échappée au mandataire et communiquée au mandant, si cette erreur était de nature à causer à celui-ci un dommage quelconque : *Si recipiens litteras cambii, per errorem scripserit eas acceptatas fuisse, tenetur de omni damno erga remittentem* [1], car, *error excusat errantem, quando agitur de evitando proprio damno, secus si ageretur de damno alterius* [2].

Ainsi, en matière de mandat, la faute même légère équivaut à la fraude et en produit tous les effets. Cela posé, nous avons à examiner les obligations respectives du mandataire et du mandant, dont la violation ou l'inexécution constitue la faute punissable.

1209. — En principe, l'acceptation du mandat crée, pour le mandataire, trois obligations principales : 1° celle d'accomplir la mission dont il est chargé tant que le mandat n'est pas révoqué, et même, après révocation, de terminer ce qui ne pourrait être suspendu sans préjudice pour le mandant;

2° Celle d'accomplir le mandat en bon père de famille;

3° Celle de rendre compte de la gestion.

1210. — Occupons-nous d'abord de l'acceptation, car sans elle point de contrat et, par conséquent, point d'obligation. Or, cette acceptation est, dans tous les cas, au libre arbitre de celui à qui le mandat est proposé. Nul, en effet, ne saurait être contraint à accepter la direction des affaires d'autrui. Le mandat qu'on offrirait dans cet objet peut donc toujours être refusé.

L'acceptation n'a pas besoin, dans tous les cas, d'être expresse; elle peut se réaliser tacitement. C'est ce qu'on devrait induire de l'exécution que le mandataire aurait donnée au mandat.

Peut-elle résulter du silence gardé sur l'offre du mandat? En principe de droit, la négative ne saurait souffrir de difficultés; personne, en effet, n'étant tenu d'un acte de ce genre, la volonté de l'accepter doit être certaine. Cette certitude peut bien s'induire du commencement d'exécution, mais on ne saurait la rencontrer dans le silence qu'accompagne l'abstention la plus absolue. Dans une pareille occurrence, se taire, ce n'est pas consentir, c'est bien plutôt refuser.

1211. — Mais on admettrait le contraire si la proposition du mandat s'adresse à un de ceux dont l'état, comme l'observe Pothier, est de gérer les affaires d'autrui. Tels sont les avoués, les notaires, les commissionnaires commerciaux. Celui à qui on s'est adressé pour une affaire de son ministère doit, s'il ne peut ou ne veut s'en charger, écrire immédiatement son refus. A défaut, il serait présumé avoir accepté le mandat, et il deviendrait, dès lors, responsable de la négligence qu'il aurait mise à le remplir, et tenu, par conséquent, du préjudice que cette négligence pourrait occasionner. La raison en est, dit Troplong, que l'office des uns et des autres est acquis de droit à quiconque le leur demande. Ils sont censés provoquer, solliciter les clients par leur exercice public; accepter, par conséquent, ceux qui se présentent; pour faire tomber la preuve manifeste qui ressort de cet état de choses, il faut qu'ils s'expliquent en donnant un refus formel [3].

C'est surtout pour le commissionnaire commercial que cette obligation est plus impérieuse et plus étroite. Le temps est, en commerce, un

[1] Casaregis, *de Com. disc.*, n° 54.
[2] *Ibid.*, n° 65.
[3] Art. 1991, n° 344.

élément extrêmement précieux qu'il convient de ménager, car le moindre retard, pouvant substituer une chance contraire à une chance avantageuse, est dans le cas d'occasionner un préjudice considérable. Celui-là donc qui refuse le mandat qui lui est adressé doit, par le retour du courrier et sous le plus bref délai, aviser le mandant de l'impossibilité où il est d'accéder à ses désirs : *Quinimo si ille nullatenus posset omnia explere, teneretur sub onere solvendi de proprio,* STATIM *nunciare mandati ejus impotentiam vel impedimentum, ut, si velit, alterius opera utatur* [1].

C'est là, sans doute, une dérogation au droit commun, mais l'intérêt des affaires en général, celui du commerce en particulier, exigeait qu'il en fût ainsi. Qu'en principe, et *stricto jure,* disent des auteurs modernes, le commissionnaire ne soit lié en rien, ni tenu à rien que par son acceptation, c'est une vérité déjà démontrée; mais une singularité de la commission, c'est de pouvoir devenir, pour celui-là même qui la refuse, l'occasion d'engagements qu'aucune loi écrite ne lui impose et, par suite, d'une responsabilité attachée à l'omission de certaines choses qu'il n'avait pas non plus promis de faire. En droit commercial, cette omission est un quasi-délit. Au premier rang de ces obligations, se place, naturellement, celle de donner avis du refus par le premier courrier ou par la plus prochaine occasion [2].

Le commissionnaire commercial est donc lié par son silence. Il est censé avoir accepté le mandat, par cela seul qu'il n'a pas immédiatement manifesté la volonté contraire. Conséquemment, et en ce qui le concerne, la règle *qui tacet consentire videtur* reprend son empire et produit tous ses effets. Nous allons bientôt voir les conséquences de cette acceptation tacite.

1212. — Il y a plus, le refus fait par le commissionnaire et régulièrement dénoncé ne le dégage pas de toute obligation, de toute responsabilité. Ainsi, il doit, en attendant qu'il soit pourvu à son remplacement, prendre toutes les mesures conservatoires que la nature du mandat est dans le cas d'exiger. Si, par exemple, des marchandises lui ont été expédiées avec avis qu'on a tiré sur lui par anticipation, il pourra bien refuser l'acceptation des traites, mais non de donner à la marchandise les soins que sa conservation ou son entretien réclame. Il doit donc, à son arrivée, la retirer dans ses magasins ou en faire ordonner le dépôt chez un tiers consignataire, si, dans le délai suffisant, l'expéditeur n'a pas désigné un nouveau mandataire aux mains de qui il puisse la remettre contre remboursement de ses avances [3].

Le négociant qui reçoit, de son correspondant, une traite à faire protester, ne peut se dispenser de remplir le mandat, quelque répugnance qu'il eût à le faire, si la date de l'échéance était trop rapprochée pour qu'il eût le temps d'avertir utilement son mandant. Si, malgré l'ordre qu'il en a reçu; si, malgré la proximité de l'époque fixée pour le protêt, il s'est abstenu, se contentant de faire connaître son refus, il devient responsable des conséquences du défaut de protêt. Ce qu'il ne voulait pas faire lui-même, il pouvait, il devait même charger un tiers de le réaliser. L'inaction dans laquelle il s'est renfermé constitue donc une faute dont il doit subir les effets. Il en serait de même pour tout mandataire commercial. La non-acceptation lui laisse l'obligation d'agir dans tous les cas où il y a lieu de prévenir une déchéance, d'empêcher une prescription ou de préserver le commettant de tout autre préjudice imminent.

Ce n'est là, au reste, qu'une modification à un principe que l'école italienne avait généralement admis, à savoir : qu'un commissionnaire ne pouvait refuser la commission dont on le chargeait [4]. On reconnaissait qu'une telle obligation était contraire au droit civil, mais on pensait que toutes les lois devaient se taire devant l'intérêt général du commerce.

Cette conséquence rigoureuse n'avait pas été adoptée par le droit français. La commission, comme tout autre mandat, pouvait être refusée, mais à la condition, en cas de refus, de veiller à la conservation des droits du commettant, en attendant qu'il se fût adressé ailleurs. C'est ce qui se doit pratiquer encore aujourd'hui.

L'obligation imposée au commissionnaire est commune aux avoués, aux notaires, aux huissiers. Eux aussi peuvent ne pas accepter le mandat qui leur est proposé, mais ce refus d'acceptation ne les dégage pas de l'obligation de veiller à la conservation des droits du mandant, jusqu'à ce qu'il les ait remplacés. Ils seraient donc également responsables des déchéances, des prescriptions, du préjudice que l'inobservation de ce devoir pourrait déterminer, comme si recevant un appel à signifier, une hy-

[1] Casaregis, *Disc.*, 54, n° 31.
[2] Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 27.
[3] *Id.*, *ibid.*; Pardessus, t. II, n° 558; Dalloz, v° *Commiss.*, p. 742; Vincent, t. II, p. 128.
[4] Casaregis, *Disc.*, 90, n° 5.

pothèque à renouveler, un effet à faire protester et n'ayant pas le temps de faire connaître leur refus utilement, ils négligeaient cependant de faire l'un ou l'autre.

Nous ne pensons pas qu'ils pussent se soustraire à cette responsabilité, sous le prétexte que le mandant n'aurait pas consigné les frais pour le coût de l'acte. Ce coût n'étant pas en général fort important, son remboursement ne doit, dans aucun cas, autoriser des craintes tellement sérieuses qu'on dût s'arrêter à une telle excuse. Mais il en serait autrement si l'acte devait entraîner un déboursé considérable, par exemple, si l'effet à protester, étant sur papier libre, devait donner lieu à une forte amende. Il est certain alors que l'officier ministériel, que même le négociant à qui on se serait adressé, ne pourrait être tenu de s'en rapporter, pour son remboursement, à un homme qu'il doit d'autant plus supposer dans l'impossibilité de l'opérer, qu'il a négligé de nantir son mandataire. Or le devoir de celui-ci n'est pas de faire des avances à des insolvables, et si, dans l'hypothèse, il y a faute de la part de quelqu'un, c'est exclusivement chez le mandant, ayant omis de fournir le moyen d'exécuter le mandat qu'il donnait.

Mais hors ce cas, et lorsque tout se réduit aux déboursés ordinaires, le devoir de l'officier ministériel est de conserver les droits qui lui sont confiés, sauf à récuser la suite du mandat qu'il ne croit pas devoir accepter. Ainsi, dit Troplong, un client adresse à un avocat à la cour de cassation un dossier pour se pourvoir. Les pièces n'arrivent à celui-ci que la veille de l'expiration du délai fatal; de telle sorte que le client ne peut être averti en temps utile de confier sa cause à un autre. Le devoir de cet avocat est de former le pourvoi, sauf à répondre plus tard au mandant qu'il ne veut pas se charger de l'affaire [1].

1213. — Si, au lieu de refuser, le mandataire choisi accepte expressément ou tacitement, le contrat est parfait. Dès cet instant, les parties sont également liées l'une envers l'autre, et le mandataire est en demeure de se livrer à l'exécution de la mission qui lui est confiée.

1214. — La première de ses obligations, avons-nous dit, est de procéder à l'accomplissement de l'opération jusqu'à révocation; et, en cas qu'il soit révoqué, de continuer ses soins, jusqu'à son remplacement effectif, à tout ce qui ne saurait être suspendu sans préjudice pour le mandant.

Cette obligation a toujours été considérée comme une règle de législation. *Sicut autem*, disait le droit romain, *liberum est mandatum non suscipere, ita suscriptum consummari oportet* [2].

L'article 1991 du Code civil n'est pas moins explicite; il est vrai que ses termes sont moins précis que ceux que nous venons de rappeler, il ne déclare le mandataire tenu d'accomplir le mandat que tant qu'il en demeure chargé. Mais on aurait tort de voir dans cette locution autre chose qu'une allusion à la faculté que le mandant conserve de révoquer le mandat. Il ne faudrait pas y voir surtout une possibilité pour le mandataire de se soustraire, en recevant à son gré le mandat, aux devoirs et aux obligations que son acceptation lui impose.

Il ne pourrait être délié de celle-ci que par le consentement formel du mandant, toujours libre de ne pas le donner; et si, malgré le refus qu'il ferait de sa démission offerte, le mandataire s'abstenait d'exécuter le mandat, cette abstention équivaudrait à la fraude engageant sa responsabilité : il serait donc évidemment tenu de réparer le préjudice qui en serait résulté pour le mandant.

Il ne faudrait pas cependant pousser cette règle jusqu'à l'injustice. C'est ce qui arriverait si, après l'acceptation, on prétendait contraindre le mandataire à l'exécution du mandat, alors même que cette exécution serait devenue impossible ou trop onéreuse pour lui. Une pareille rigueur est incompatible avec la nature même du contrat, avec les conséquences qu'il doit produire. S'il importe que les intérêts du mandant ne soient pas désertés, il importe également de couvrir ceux du mandataire d'une utile protection, surtout si le mandat est gratuit.

1215. — Notre règle reçoit donc des exceptions. La première a lieu lorsque, après avoir accepté, le mandataire ne tarde pas à se convaincre que l'entreprise dont il s'est chargé n'est pas en son pouvoir [3]. A l'impossible nul n'étant tenu, le mandataire devrait être relevé des effets de son acceptation, dans l'intérêt même du mandant, condamné à voir l'entreprise, faisant la matière du mandat, échouer fatalement et nécessairement. Il ne doit donc pas être privé de la faculté de la conférer à un autre se trouvant dans le cas de la faire réussir.

[1] Art. 1991, n° 346.
[2] L. 22, Dig., *mandati*.
[3] Troplong, art. 1991, n° 338.

Mais la conviction de l'impossibilité acquise, le mandataire doit immédiatement en informer le mandant pour que, sans perdre un temps, peut-être précieux, celui-ci avise au mieux de ses intérêts; que si, loin d'agir de la sorte, le mandataire laisse traîner les choses en longueur; s'il ne donne avis de sa position qu'à une époque trop rapprochée de celle où le mandat doit être exécuté pour que le mandant soit dans l'impossibilité de le remplacer; si même, l'avertissement étant donné en temps utile, il n'a pas continué ses soins à l'opération, en attendant qu'il fût remplacé, il sera de plein droit et très-justement tenu des conséquences d'une pareille conduite, et obligé de réparer le préjudice qui en sera résulté.

1216. — La force majeure venant s'opposer à l'exécution du mandat, constituerait une seconde et nouvelle exception à la règle de l'article 1991. Ainsi une maladie, un emprisonnement, serait une excuse valable et libératoire. Empêché d'agir par une circonstance qu'il n'était donné à personne de prévoir ou de prévenir, le mandataire n'encourrait aucune responsabilité de l'interruption de sa gestion.

L'intérêt du mandant à connaître l'empêchement est aussi évident dans cette hypothèse que dans l'autre. Le devoir de l'en instruire existe donc au même titre. Mais l'appréciation de la manière dont il a été rempli doit obéir à d'autres inspirations. Les préoccupations, les suites d'un emprisonnement, les effets d'une maladie grave feraient excuser un retard que rien ne justifierait dans la première hypothèse; ils pourraient même faire excuser l'absence complète de tout avertissement par l'impossibilité, dans laquelle le mandataire aurait été placé, d'en donner aucun. Cette impossibilité constatée, celui-ci ne pourrait encourir aucune responsabilité, ni être tenu de réparer le préjudice, c'est là la conséquence naturelle et l'effet légitime de la force majeure; il en serait à plus forte raison ainsi si l'événement de force majeure se réalisait dans un temps tellement voisin de celui où devait s'exécuter le mandat, que la nouvelle ne pouvait pas en être utilement transmise.

1217. — L'article 1991 indique comment doit être accompli le mandat régulièrement accepté. La faute oblige comme le dol, comme la fraude. Il faut donc que le mandataire s'abstienne de tout ce qui pourrait la constituer. Pour cela il n'a qu'à suivre fidèlement les ordres qu'il reçoit, et n'aller jamais au delà de ce qui lui est prescrit. N'oublions pas que le mandataire agit pour le compte d'autrui, qu'il est par conséquent obligé d'exécuter, en quelque sorte passivement, les volontés de celui qui supportera les conséquences de ses actes. Il ne peut surtout substituer son appréciation à celle du mandant, sans exposer sa responsabilité. La prudence lui en fait un devoir, alors même qu'il croirait par là servir l'intérêt de ce dernier, car, comme l'observe Troplong, s'il échoue, il est coupable, et s'il réussit on lui saura peu de gré d'avoir voulu être plus sage qu'il ne fallait [1].

Ainsi si le mandat est impératif, soit quant à l'opération elle-même, soit quant au mode d'exécution, il n'a qu'à s'y conformer scrupuleusement et fidèlement; il ne doit jamais oublier cette maxime fondamentale en cette matière : *non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato.* Tout ce qu'il ferait en sens contraire constituerait une fraude, ou tout au moins une faute entraînant la nécessité d'une réparation.

Ainsi l'ordre ne serait pas valablement exécuté si, commettant une certaine quantité de marchandises, cette quantité n'était pas atteinte ou était dépassée; le mandant ne pourrait, dans un cas comme dans l'autre, être contraint de prendre l'opération pour son compte. Dans le premier, il y aurait inexécution pouvant donner lieu à des dommages-intérêts; dans le second, l'excédant resterait pour le compte du mandataire.

Si je vous commets des blés étrangers, et que vous achetiez des blés français; si je vous demande des denrées d'une provenance déterminée, et que vous m'en envoyiez d'une autre localité, il y a violation du mandat. Vainement prétendrez-vous que ce que vous m'offrez vaut mieux que ce que j'avais demandé, vous ne pouvez vous constituer juge de mes convenances. Mon mandat n'a pas été exécuté comme je voulais qu'il le fût, et cela suffit pour m'autoriser à ne pas en ratifier l'exécution qu'il vous a plu de lui donner.

C'est ce que la cour de cassation a décidé expressément par arrêt du 6 avril 1831. Dans cette espèce, le mandant avait commissionné des trois-six du marché de Béziers; le mandataire en ayant acheté sur un autre marché, le refus fait par le premier de prendre livraison, fondé sur la différence de provenance, fut sanctionné par la cour de Montpellier d'abord, et, sur le pourvoi, par la cour suprême [2].

1218. — Le mandataire, lié par les termes

[1] Art. 1989, no 257.

[2] D. P., 31, 1, 118.

du mandat à l'endroit de la quantité et de la qualité, ne l'est pas moins quant au prix. Tout ce qu'il ferait au delà de celui fixé par le mandant lui resterait propre et personnel.

1219. — On a agité la question de savoir si le mandataire, supportant l'excédant du prix et se bornant à exiger le remboursement de celui porté au mandat, pourrait contraindre le mandant à prendre l'opération pour son compte. Troplong, après avoir indiqué le dissentiment que cette question avait fait naître entre les Sabiniens et les Proculéiens, enseigne que l'opinion de ces derniers, à savoir : l'affirmative, avait prévalu comme plus humaine et plus raisonnable, mais il rappelle immédiatement cette observation de Donneau : qu'il en serait autrement dans le cas où l'excès dans l'exécution du mandat ne pourrait être réparé et causerait au mandant un préjudice pour le total de l'opération [1].

Or, cette dernière hypothèse se réalisera le plus souvent en matière commerciale. Une baisse plus ou moins forte, survenue dans l'intervalle de l'achat à la livraison au mandant, mettrait celui-ci dans la nécessité de subir une perte relativement même au prix qu'il avait coté, ce n'est même que dans cette hypothèse que des difficultés pourront surgir. Quel intérêt, en effet, pourrait avoir le mandant de refuser la marchandise qu'il a commise, et que son mandataire lui expédierait au prix offert, si la marchandise n'a depuis souffert aucune variation ?

Mais l'intérêt est évident lorsqu'au moment où le mandataire expédie, la marchandise ne peut être revendue qu'à un prix inférieur à celui coté pour l'achat. Avec cet intérêt, naît le droit de demander compte de l'exécution que le mandat a reçue, et de dire au mandataire : Si vous vous étiez renfermé dans les limites que je vous avais tracées, vous n'auriez pas acheté ; la marchandise n'est donc en votre possession que parce qu'il vous a plu d'outre-passer le mandat ; dès lors, si quelqu'un doit supporter les conséquences de cette violation, c'est vous, et vous seul.

Cette objection serait d'autant plus puissante que, pour se justifier d'avoir outre-passé ses ordres, le mandataire soutiendrait qu'il ne lui a pas été possible d'acheter au prix indiqué. Mais il est évident que s'il se fût abstenu, la circonstance devenait fort indifférente et même heureuse pour le mandant. Le mandataire a donc en réalité pris sur lui d'aller au delà de ce qui lui était ordonné, il doit en conséquence supporter seul le préjudice qui a été directement occasionné par son fait.

Il est un autre motif rationnel de le décider ainsi. Supposez qu'au lieu d'une baisse, la marchandise ait augmenté de valeur, est-ce que le mandataire sera tenu d'expédier celle qu'il a acquise au delà du prix du mandat ? Non, évidemment, car, pour étayer sa résistance, il lui suffirait de dire au mandant : La preuve que cette marchandise ne vous était pas destinée, c'est que je l'ai payée à un prix supérieur à celui que vous m'aviez fixé. Donc le mandant exposé à subir les effets de la baisse ne serait jamais appelé à profiter de la hausse, ce qui le placerait dans une position intolérable et injuste.

Il ne peut pas être que le mandataire puisse spéculer aux dépens de son commettant ; qu'il puisse, en cas de hausse, s'appliquer l'intégralité du bénéfice, et, en cas de baisse, réduire sa perte à la différence entre le prix qu'il a payé et celui qui lui était indiqué, et se décharger du reste sur la personne de son mandant ; admettre le contraire, ce ne serait plus obéir à ces idées d'équité recommandant la solution des Proculéiens, ce serait au contraire consacrer la plus flagrante, la plus odieuse injustice.

Nous croyons donc que cette solution doit se restreindre au cas où, les choses étant au moment du litige ce qu'elles étaient au moment de l'achat, la difficulté ne s'agite que sur la différence du prix. L'offre que ferait le mandataire de rester personnellement chargé de cette différence désintéresserait complétement le mandant et devrait le contraindre à accepter l'achat fait pour son compte.

Que si, au contraire, une baisse survenue depuis rend cet achat préjudiciable par la perte certaine que la revente occasionnera, il n'est pas juste que l'auteur de cet achat, en faute pour avoir excédé ses pouvoirs, puisse faire supporter à autrui les conséquences de ses procédés irréguliers. La justice d'ailleurs exige que celui qui devait seul profiter des bénéfices que l'opération pouvait offrir en supporte seul la perte. C'est en ce sens que le décide Donneau, et cette décision est approuvée par Troplong.

Au reste, cette solution de principe peut être modifiée par les circonstances de fait. Si le mandataire a tenu son mandant au courant de l'opération ; si, en l'instruisant de la difficulté de se remplir au prix convenu, il lui a fait connaître l'obligation de payer quelque chose en sus, sans que le mandant lui ait écrit de n'en rien faire ; ou si, après avoir acheté à un plus haut prix, il en a instruit son mandant, sans que celui-ci ait

[1] Art. 1989, n°s 270 et suiv.

réclamé, l'opération ne pourra plus être contestée plus tard. La ratification qui résulterait de ces circonstances créerait une fin de non-recevoir péremptoire contre toutes réclamations ultérieures.

On doit d'autant plus le décider ainsi, que, dans l'hypothèse d'une hausse dont nous parlions tout à l'heure, le mandataire ne pourrait plus s'appliquer personnellement l'opération. Le mandant pourrait le forcer de lui en tenir compte, et les circonstances qui l'obligeraient envers le mandataire obligeraient celui-ci envers lui. Il y aurait donc cette juste et naturelle réciprocité excluant toute possibilité de fraude.

1220. — Au reste, le mandat impératif, quant au prix, détermine une limite au delà de laquelle le mandataire ne saurait aller. Mais il pourrait rester en deçà, il le devrait même si la détermination du prix était le résultat de l'ignorance ou de l'erreur, ou si, au moment de l'arrivée de l'ordre, elle n'était plus en rapport avec le cours de la place. Il suffirait donc au mandant de prouver que le mandataire a pu acheter meilleur marché ou vendre plus cher pour le faire condamner à lui tenir compte de l'avantage qu'il eût retiré dans l'un et l'autre cas.

Cette règle doit être sévèrement appliquée, car, par la nécessité même des choses, le mandant est obligé de suivre aveuglément la foi du mandataire. D'autre part, les variations commerciales sont souvent tellement brusques qu'un ordre expédié à de certaines distances n'est plus, à son arrivée, ce qu'il était à son départ, à savoir, dans une juste proportion avec la valeur réelle des choses. Son exécution littérale serait donc un abus d'autant plus odieux que le mandataire l'exploiterait à son bénéfice, ce qui est très-facile dans le commerce. On sait, en effet, qu'il est peu de commissionnaires qui ne se livrent à des achats, soit dans la prévision de commissions futures, soit pour tenter des spéculations sur la chance de hausse ou de baisse. Ce qui se réaliserait dans cette circonstance, c'est que l'ordre arrivant, le commissionnaire le remplirait immédiatement, à l'aide de ses marchandises qu'il vendrait ainsi au-dessus du cours. Un pareil acte n'est pas seulement une indélicatesse, il constitue une véritable fraude, un abus de confiance incontestable, dont le mandant ne devrait pas être victime. Sur sa demande donc, et malgré les termes de son ordre, il ne devrait être tenu de rembourser que ce que les marchandises valaient réellement au moment où cet ordre a été exécuté.

L'abus que cette solution tend à prévenir serait fort voisin de celui dont la loi s'est préoccupée lorsqu'elle a interdit aux agents de change et aux courtiers de faire pour leur compte personnel un commerce quelconque. Dépositaire des intentions des parties, ayant le dernier mot de chacune d'elles, le confident trouverait trop facilement l'occasion de s'enrichir à leur détriment. Sans doute le commerce n'est pas interdit aux commissionnaires, ils peuvent acheter pour revendre ensuite et profiter de la hausse que le cours a naturellement amenée, mais là s'arrêtent leurs droits. La consécration de l'avantage qu'ils prétendraient s'arroger, en vendant plus cher que ce cours, ne serait qu'une immoralité, car cet avantage, ils ne le devraient qu'à une confiance dont ils abuseraient au détriment de celui qui ne devait trouver auprès d'eux qu'une protection efficace.

1221. — Il en serait de même du mandataire qui abuserait de l'erreur évidente dans laquelle serait tombé le mandant. Dans un pareil cas, la loyauté exige que l'erreur soit signalée, et surtout qu'on n'en abuse pas au préjudice de la confiance que le mandant témoigne. Celui qui agirait autrement commettrait une fraude punissable, obligeant à réparation. Un arrêt de la cour de Paris, du 25 septembre 1812, nous offre une remarquable application de cette règle.

La dame Busch, de Pondichéry, venue à Paris, avait chargé un joaillier de la vente de plusieurs bijoux. Prête à s'embarquer à Marseille pour retourner à Pondichéry, elle lui adressa un collier de perles avec commission de le vendre, et, en en fixant le prix, elle écrivit 1,200 francs, au lieu de 12,000 francs. Peu de jours après, le joaillier lui répondit qu'il avait été assez heureux pour vendre son collier au prix indiqué de 1,200 francs. La dame Busch, voyant la déloyauté de son mandataire, chargea une tierce personne de l'amener à de meilleurs sentiments, mais il se renferma dans le texte de son mandat, prétendant que, l'ayant rempli, on n'avait rien de plus à lui demander.

Traduit en justice, il fut établi qu'il n'avait réellement vendu que quelques perles, s'étant appliqué les autres pour monter plusieurs objets de son commerce.

Le jugement qui intervint le condamna à payer le prix du collier, fixé à 4,800 francs, attendu que, bijoutier exercé dans son état, il n'avait pu se méprendre sur la valeur des perles; qu'il devait instruire la dame Busch de l'erreur évidente qu'elle avait commise, et d'autant plus qu'à raison des relations antérieures qu'il avait eues avec elle, il était investi de sa confiance;

que, chargé de vendre un collier composé d'un certain nombre de perles, il n'a pas dû le décomposer et encore moins s'en appliquer une partie ; en quoi il est mandataire infidèle.

Sur l'appel du joaillier, ce jugement fut confirmé par la cour et devait nécessairement l'être. En droit et en fait, la conduite de ce joaillier était inexcusable. Elle aurait pu motiver une condamnation plus sévère.

C'est surtout dans l'hypothèse d'un mandat facultatif que les devoirs du mandataire sont plus étroitement, plus impérieusement imposés. Il y a, en effet, de la part du mandant, une confiance tellement absolue, un abandon tellement entier, que la moindre infraction revêt le caractère du plus odieux abus.

1222. — La seconde obligation principale du mandataire est celle d'administrer en bon père de famille.

Cette obligation s'induit naturellement de la règle consacrée par l'article 1992, suivant laquelle le mandataire répond non-seulement de son dol, mais encore de sa faute. Nous n'avons nullement à nous jeter dans l'examen théorique des fautes, tout ce que nous devons rappeler, c'est que, de l'avis de tous, le mandataire répond de sa faute, même légère. On a été même plus loin, on a voulu lui infliger la responsabilité de la faute très-légère, mais cette doctrine a trouvé des contradicteurs, elle est combattue par Troplong notamment. Nous ne croyons pas à l'utilité d'approfondir cette difficulté dans une matière où l'arbitrage souverain du juge est l'*ultima ratio* de la solution, et où l'existence certaine d'un préjudice semble, par elle seule, amener la nécessité d'une réparation.

1223. — Au premier plan des fautes reprochables au mandataire, se place incontestablement l'infidélité dont il se serait rendu coupable dans l'exécution du mandat. Cette faute est plus qu'une fraude, elle constitue un délit que les articles 407 et 408 du Code pénal punissent d'un emprisonnement et d'une amende.

Il y a, entre l'abus de blanc seing et le détournement matériel, cette différence essentielle que le premier est punissable, quel que soit le caractère du mandat, tandis que le second ne devient réellement un délit que s'il a été commis par un mandataire salarié [1]. Mais, dans tous les cas, l'un et l'autre donnent incontestablement ouverture à l'action civile en réparation du préjudice qui en est résulté. La poursuite et les effets de cette action se régiraient par les principes que nous avons exposés en matière d'escroquerie [2].

1224. — On est mandataire infidèle non-seulement lorsqu'on détourne une partie quelconque des deniers ou valeurs confiés, mais encore lorsqu'on applique à son propre usage les fonds perçus en cette qualité. Aux termes de l'article 1996, ce dernier abus oblige le mandataire à payer l'intérêt des fonds, à dater du jour de l'emploi.

Mais cet article n'a rien de limitatif et ne fait nul obstacle à ce que le mandataire soit condamné à la réparation intégrale du préjudice qu'il a occasionné. Or, plusieurs hypothèses peuvent s'offrir, dans lesquelles l'usage fait par le mandataire des fonds provenant du mandat en aura déterminé un tel, que le payement des intérêts serait loin de le couvrir.

Ainsi, débiteur d'une somme envers Pierre, je remets cette somme à Paul, avec mandat d'éteindre ma dette. Au lieu de réaliser ce payement, Paul applique à son usage personnel les fonds qui étaient destinés à en faire l'aliment. Cependant Pierre, non payé de ce qui lui est dû, dirige contre moi des poursuites, et je me vois obligé de payer moi-même non-seulement le capital et les intérêts, mais encore des frais plus ou moins considérables.

En cet état, se borner à condamner Paul à me rembourser le capital avec les intérêts, ne serait évidemment pas une indemnité suffisante pour le préjudice que sa mauvaise foi m'a fait éprouver. La justice exige donc qu'en pareilles circonstances une allocation de dommages-intérêts complète la satisfaction qui m'est due.

Ainsi encore, sachant que mon mandataire a touché des fonds m'appartenant, je contracte de mon côté des engagements auxquels j'espère faire face au moyen de ces fonds. Mais il se trouve que ces fonds ont été employés à l'usage personnel du mandataire, et que son impuissance à me les rembourser me place dans l'impossibilité de faire face à mes engagements dont on fait prononcer la résiliation. Il ne serait pas juste que, dans une pareille hypothèse, on me privât du droit de demander contre mon mandataire des dommages-intérêts dont la liquidation devrait comprendre non-seulement les frais que j'ai subis, mais encore l'indemnité du gain que la résiliation m'a fait perdre.

Vainement le mandataire voudrait-il se prévaloir de la disposition de l'article 1153. En réalité, son obligation n'a jamais été celle de payer une somme quelconque, le droit du mandant ne

[1] Cass., 20 mai 1814; Sirey, 14, 1, 149.

[2] Voy. *suprà*, nos 18 et 19.

peut donc être régi par les principes concernant cette obligation. Tenu d'exécuter fidèlement son mandat, le mandataire est soumis à une obligation de faire, dont l'inexécution entraîne la nécessité d'un dédommagement, dans les limites tracées par l'article 1149.

1225. — Le mandataire civil ou commercial doit mettre la plus active diligence dans l'exécution de la mission qui lui est confiée. Toute infraction à ce devoir constituerait une faute grave obligeant sa responsabilité.

Ainsi il doit, dès qu'il a accepté, entreprendre l'opération confiée en ses mains. En commerce, surtout, le temps est précieux, car le moindre retard, pouvant voir se réaliser une variation sensible dans le cours des marchandises, est dans le cas de rendre l'achat plus onéreux ou la vente moins lucrative. Tout délai dans l'exécution, non justifié, peut donc causer un préjudice que le mandataire serait condamné à réparer.

1226. — Un des devoirs les plus pressants du mandataire est d'informer son mandant de la marche de l'opération, des variations survenant dans les cours, des obstacles qui s'opposent à l'accomplissement de sa mission, enfin des chances plus ou moins favorables qu'il est permis d'entrevoir : *Mercator tenetur prius correspondentem advertere de eo quod inopinate evenit, vel de impedimento ex cujus causa nequit mandatum exsequi in forma præscripta, atque expectare ulteriora mandata* [1].

C'est qu'en effet une affaire commerciale est de nature à subir des phases diverses, pouvant dans bien des cas modifier les intentions du mandant, et même le faire changer d'avis. Il faut donc qu'il puisse, avec le plus de certitude possible, examiner ce qui lui convient ; et comment le pourrait-il, si son mandataire s'abstient de toute communication? Un pareil silence, tendant à substituer l'appréciation du mandataire à celle du mandant, constituerait une violation du mandat et pourrait autoriser le dernier à laisser l'opération pour compte du premier.

Ce n'est pas seulement pendant le cours de l'opération que le mandataire doit ses conseils et ses avis, c'est surtout à l'origine et au moment de la réception de l'ordre qu'il est tenu de fournir les uns et les autres. Connaissant la place où doit se traiter l'opération, il peut juger de l'opportunité de l'ordre, de sa juste relation avec les prix du jour, en apprécier même les conséquences plus ou moins probables. Si, contre l'évidence, il se prêtait à l'exécution d'un mandat onéreux pour son auteur, il serait tenu du préjudice qu'il aurait volontairement occasionné.

1227. — Nous n'avons pas la prétention d'énumérer une à une les nombreuses fraudes que le mandataire peut commettre. Nous les résumons dans l'obligation qui lui est imposée d'administrer en bon père de famille. En conséquence, tout ce qui s'écarte des soins, du zèle, de la vigilance qu'on rencontre dans celui-ci, est une faute grave engageant sa responsabilité.

Ajoutons que la gestion des affaires d'autrui exige, de la part de celui qui en est chargé, une circonspection et une retenue qu'on n'est pas obligé d'apporter à ses propres affaires. Les spéculations, les hasards qu'on peut entreprendre et braver dans ce qui nous concerne, on ne peut s'y livrer pour le compte d'autrui, à moins d'ordres exprès et formels. Celui qui agirait sans attendre ces ordres s'exposerait à garder pour son propre compte les chances fâcheuses que l'opération subirait.

Enfin il en est des commissionnaires commerciaux comme des notaires, des avoués, etc. Ils promettent à leurs commettants *peritiam et industriam*. Il y a, ajoute Troplong, dans la pratique de la commission, une expérience de la qualité et du cours de la marchandise, une connaissance des bonnes maisons, une habileté à traiter les affaires qui font le commissionnaire intelligent et donnent au commettant toute sécurité [2].

Celui-là donc qui prend la qualité de commissionnaire annonce, par cela seul, posséder cette expérience de la marchandise et du cours, cette connaissance des bonnes maisons et cette habileté à traiter les affaires qu'on recherche dans celui qu'on se substitue. Conséquemment aussi, si, au lieu de ces qualités, on ne rencontre qu'ignorance et impéritie, comment ne serait-on pas en droit de se faire indemniser du préjudice qu'entraîne l'une ou l'autre?

1228. — Or il y aurait impéritie rare si, chargé d'une opération, le commissionnaire allait l'annoncer publiquement, afficher le nom de son commettant et trahir ainsi le secret de ses affaires. On l'a dit bien souvent, le secret est l'âme du commerce, et sa divulgation a été de tout temps considérée comme une faute grave : *Perchè tra mercadanti, si usa questa prudenza, di tenere oculti et segretti i loro negozi, et di suoi corrispondenti* [3]. C'est pourquoi, observe

[1] Casaregis, *Disc.*, 125, n° 22.
[2] Art. 1992, n° 405.
[3] Casaregis, *Disc.*, 58, n° 14.

Ansaldus, le correspondant achète en son propre et privé nom, quoique achetant réellement pour le compte d'autrui : *Inter mercatores admittitur de stylo, quod licet mandatarius emat ad favorem alterius, in emptione tamen id non soleat exprimere, sed emat nomine proprio* [1].

1229. — Il y aurait impéritie à accepter comme bonne une marchandise de qualité inférieure ou mauvaise. La réception qu'en aurait faite le mandant ne créerait aucun obstacle à ce qu'il pût ultérieurement s'en plaindre, et à ce qu'il la laissât pour compte du commissionnaire. Cette solution suppose un mandat facultatif. En effet, lorsque l'ordre est impératif, quant à la qualité, celui qui l'a donné doit, avant de recevoir, s'assurer si l'ordre a été rempli comme il entendait qu'il le fût. La réception qu'il ferait d'une marchandise non conforme constituerait une ratification expresse de l'opération.

1230. — Il y aurait encore impéritie et faute grave, si le mandataire avait vendu à des acheteurs notoirement insolvables. C'est ce caractère de notoriété qui est seul constitutif de la fraude. La solvabilité commerciale n'est pas toujours une vérité, et l'apparence l'emporte souvent sur la réalité. Il ne saurait donc y avoir matière à reproche si, guidé par cette apparence et partageant l'erreur générale et commune, le mandataire avait vendu à des personnes qu'il devait croire solvables, malgré qu'elles ne le fussent pas. Sa faute commence lorsque le crédit de la maison avec laquelle il traitait à terme, notoirement ébranlé, devait lui inspirer de justes craintes pour l'avenir. A plus forte raison, ne pourrait-il être recherché si l'insolvabilité de l'acheteur n'est survenue que postérieurement à la vente.

1231. — La substitution que le mandataire ferait de ses pouvoirs, sans y être autorisé, constituerait une faute grave. Les conséquences seraient pour lui la nécessité et l'obligation de répondre des faits de celui qu'il s'est irrégulièrement substitué. Il en serait de même si, autorisé à déléguer ses pouvoirs, il les avait remis à un homme insolvable ou immoral, à moins que ce choix ne lui eût été nominalement imposé par le mandat.

Toutefois, la responsabilité d'une substitution non autorisée reçoit exception, lorsque, par une circonstance imprévue, le mandataire, empêché d'agir dans un moment où l'affaire ne pouvait plus être arrêtée ou suspendue, charge quelqu'un de faire ce qu'il ferait lui-même, s'il le pouvait. Dans une pareille circonstance, la substitution est tout entière dans l'intérêt du mandant; elle est dans l'esprit, sinon dans la lettre du contrat. On ne saurait, en effet, admettre que l'intention du mandant n'a pas été de l'autoriser dans une position aussi critique pour ses intérêts.

Il suffirait donc que l'empêchement et l'urgence existant, le mandataire eût momentanément confié la direction de l'affaire à un homme d'une solvabilité certaine, d'une moralité irréprochable, pour que sa responsabilité fût complétement dégagée, alors même que, mentant à ses antécédents, le mandataire substitué eût abusé de la confiance qui lui a été témoignée. Cette solution, admise par l'école italienne, a été consacrée par la doctrine française [2].

1232. — A côté de la responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant, existe celle qu'il peut assumer à l'égard des tiers. Mais cette dernière, résultant ordinairement des termes dans lesquels l'engagement a été pris, sort de notre matière. Il est une seule hypothèse où elle peut provenir de la faute, à savoir, lorsque le mandataire a excédé les limites de son mandat.

Il faut donc, pour qu'elle se réalise, que le mandataire ait agi en cette qualité, et pour compte du mandant; qu'il n'ait pas donné connaissance suffisante de ses pouvoirs; qu'il les ait excédés : à ces conditions, et quels que soient les termes de l'engagement, le mandataire a engagé sa responsabilité et répond personnellement des obligations contractées en dehors de ses pouvoirs.

1233. — La troisième obligation imposée au mandataire est celle de rendre compte.

Cette obligation, n'étant que la conséquence de la qualité de comptable, est régie par les principes généraux applicables aux redditions de compte. Le mandataire est soumis aux mêmes devoirs que tout autre comptable, devoirs que nous avons retracés notamment en traitant de l'associé gérant. Nous n'avons donc à rappeler ici que quelques règles spéciales au mandat.

La première est celle tracée par l'article 1993 du Code civil, à savoir : que le mandataire est tenu de faire raison de tout ce qu'il a reçu à l'occasion du mandat, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

Ces expressions comprennent tout ce qui a été produit directement ou indirectement par le mandat. Cette règle est puisée dans le droit romain : *Ex mandato apud eum qui mandatum*

[1] Ansaldus de Ansaldis, *Disc.*, 30, no 32.

[2] Delamarre et Lepoitevin, t. II, nos 56 et suiv.; Troplong, art. 1994, no 472.

suscepit nihil remanere oportet, debere eum præstare quantumque emolumenti sensit [1]. La raison commandait ce résultat, tout ce qui est produit par la chose confiée à titre de mandat augmente naturellement cette chose et appartient dès lors à son propriétaire. Le mandataire ne peut réclamer que le salaire convenu, tout ce qu'il retiendrait au delà, il le garderait sans droit ni titre. La dissimulation qu'il en ferait constituerait une infidélité engageant profondément sa responsabilité.

1234. — L'obligation de tout restituer s'applique même aux profits illégitimes que le mandataire se serait procurés, par exemple, aux intérêts usuraires qu'il aurait perçus. Cette doctrine, professée par nos anciens jurisconsultes et notamment par le président Favre, doit, de l'avis de Troplong, être suivie sous l'empire du Code [2].

Cependant son application doit se restreindre au cas où le profit illicite a été perçu dans le développement naturel du mandat. Ainsi, lorsque celui-ci a consisté dans la remise d'une somme d'argent pour la faire valoir pour le compte du mandant, quel qu'en ait été l'emploi, il est censé fait dans l'intérêt de celui-ci et doit conséquemment lui profiter intégralement et exclusivement.

Si le mandat n'assignait aucune destination aux fonds, l'emploi que le mandataire en fait n'est qu'un abus, et le mandant n'est pas autorisé à en revendiquer le bénéfice. Contrairement à ses devoirs, le mandataire a illégalement appliqué à son usage personnel les fonds qu'il devait tenir à la disposition du mandant. Or, les conséquences de cette fraude ayant été prévues par l'article 1996, ce dernier ne saurait exiger que l'intérêt légal de ces sommes et, suivant les cas, des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice qu'il en a éprouvé.

Ainsi, tous les profits réalisés, à l'occasion et par l'exécution du mandat, appartiennent exclusivement au mandant et doivent lui être remboursés; ceux provenant de l'abus ne sont pas restituables, sauf la responsabilité que cet abus fait peser sur le mandataire.

1235. — Ce dernier ne peut de plus rien retenir au delà du salaire convenu pour ses peines et soins; vainement voudrait-il s'étayer de prétendus usages pour se faire allouer quelque chose en sus. Un arrêt de la cour de Lyon, du 23 août 1831 [3], a fait bonne justice de prétentions de ce genre. Il paraît que, sur cette place importante, les commissionnaires avaient pris l'habitude de coter les prix d'achat à leurs commettants plus cher qu'ils ne les avaient payés eux-mêmes; par cette manière, ils joignaient à leurs droits de commission le bénéfice résultant de la différence dans les prix. Actionné en restitution de cette différence, un de ces commissionnaires voulait justifier son refus par l'usage qu'il soutenait être conforme à ses prétentions. Mais l'usage, répondit l'arrêt, ne peut, dans aucun cas, légitimer une fraude trop coupable pour que la justice ne s'empresse pas de la frapper de toute sa réprobation.

Aux termes de l'article 1996, le reliquat du compte porte intérêt du jour de la mise en demeure.

1236. — Les obligations du mandant se réfèrent aux droits du mandataire, à ceux des tiers ayant traité avec ce dernier.

A l'endroit du mandataire, il est juste que le mandat ne puisse jamais devenir pour lui une occasion de perte. Cette règle d'équité explique la disposition des articles 2000 et suivants du Code civil.

L'obligation d'indemniser le mandataire est indépendante de l'issue de l'opération. Celui-ci n'a, dans aucun cas, garanti le succès de sa mission; ce à quoi il s'est engagé, ç'a été de consacrer tous ses efforts, tous ses soins à le déterminer; que s'il échoue, et qu'on n'ait à lui reprocher ni imprudence, ni négligence, ni faute, il a rempli la tâche qui lui était confiée, et l'obligation de le rendre indemne ne saurait être récusée.

La loi veut de plus que les avances qu'il a faites, dans l'intérêt du mandant, produisent intérêt du jour où elles sont régulièrement constatées. Personne ne doit et ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, telle serait la position du mandant si, profitant des avances faites par le mandataire, il était dispensé de lui payer les intérêts qu'il aurait infailliblement supportés en faveur de tout autre prêteur. Il ne serait pas juste, d'autre part, que le mandataire fût privé, par l'effet du mandat, du revenu qu'il aurait retiré de ses fonds, s'il les eût appliqués à ses propres affaires.

Enfin, lorsque le mandataire a fidèlement rempli sa mission, on ne peut pas réduire le montant de ses avances et frais, sous prétexte qu'ils auraient pu être moindres. Chacun doit subir les

[1] L. 10, § 3, et L. 20, Dig., *mandati*.
[2] Art. 1993, nos 422 et suiv.
[3] D. P., 33, 2, 69.

conséquences de l'administration à laquelle il a spontanément recouru. Il suffit donc que les avances et frais soient certains pour que le mandant soit tenu de les solder intégralement, sauf l'hypothèse d'une exagération évidente et frauduleuse.

1237. — Relativement aux tiers, le mandant est obligé d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, ce principe n'a jamais fait ni pu faire l'objet d'un doute : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Mais, pour que cette règle puisse être invoquée par les tiers, il faut que le mandataire ait contracté en sa qualité et pour compte du mandant; qu'il ait agi dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.

1238. — La première condition se réalise assez ordinairement dans les affaires civiles, sauf quelques rares exceptions, le mandataire n'est pas même autorisé à agir en son nom. Pareille chose peut également être remarquée en matière commerciale, où cependant, le plus souvent, le mandataire agit en son propre et privé nom. C'est notamment ce qui est de droit commun pour les affaires traitées par le ministère des commis voyageurs.

1239. — Cependant les traités ainsi souscrits sont de nature à donner naissance à la fraude. Il n'est pas rare, en effet, de voir une maison de commerce prétendre que son commis voyageur n'a la faculté de l'engager que sauf ratification de sa part. Cette ratification qu'elle donne, en cas de stagnation ou de baisse de l'article, elle prétend la refuser dans le cas de hausse survenue depuis le traité et avant son exécution. Ainsi l'acheteur seul serait lié, sans qu'il pût revendiquer aucune réciprocité de la part du vendeur.

Cette difficulté que nous signalons est d'autant plus grave que sa solution partage la jurisprudence. Ainsi, la cour de Paris a jugé, le 2 janvier 1828, que le commis voyageur d'un négociant est, par ce seul titre, revêtu aux yeux des tiers d'un mandat général d'agir au nom de son commettant; que celui-ci ne peut donc se refuser à exécuter les ventes faites par le commis voyageur, alors même que le mandat de celui-ci se trouverait restreint par des conventions particulières [1].

Mais le contraire résulte d'un arrêt de la cour de Montpellier, du 27 décembre 1826, jugeant que les commissions données à un commis voyageur, et acceptées par lui au nom de sa maison, ne sont réputées que de simples commandes ou propositions de vente, si ce commis voyageur n'a un pouvoir exprès de lier définitivement la maison qui l'envoie [2].

Cette divergence est regrettable, car elle laisse indécise une question que l'intérêt général du commerce voudrait voir résoudre en termes simples et nets. Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous ranger au premier système, qui nous paraît plus rationnel et prêter beaucoup moins à la fraude que nous venons de signaler; à notre avis donc, le commis voyageur est, par ce seul titre, le mandataire légal de celui qui l'accrédite, et qu'il a dès lors la faculté d'engager, à moins qu'une publicité formelle, ou que la correspondance directement adressée aux commerçants que le commis visitera, n'ait fixé en sens contraire les pouvoirs qui lui sont confiés.

Les circonstances de fait, la position de la maison, la nature de son commerce, seront des éléments utiles à consulter pour la solution de notre difficulté. Ainsi le mandat de vendre sera plus facilement présumé lorsque le commis voyageur représentera un fabricant, un producteur cherchant à écouler ses produits ainsi qu'il le pratique habituellement.

Il pourrait en être autrement pour le commis voyageur attaché à une maison de commission. Mais comme les commissionnaires ont très-souvent des marchandises leur appartenant, le commis voyageur, député pour prendre des commissions, l'est également pour la vente de ces marchandises. Dans cette hypothèse, le sort du litige devrait tenir à la nature du contrat souscrit par le commis voyageur et à la qualification donnée à l'opération; la correspondance pourrait également être consultée avec fruit.

Que si l'engagement pris par le voyageur porte *vendu à tel...* et non *commis par tel*, le contrat sera une vente et non une commission. Vainement la maison prétendra-t-elle qu'elle n'avait pas donné mission de vendre, la présomption est que le commis voyageur exécute littéralement son mandat. D'ailleurs, l'abus qu'il ferait de ses pouvoirs serait imputable au commettant, ayant dans tous les cas le tort d'avoir investi de sa confiance une personne qui n'en était pas digne. Il serait donc juste de lui en laisser la responsabilité, à moins qu'il ne prouvât que le tiers a connu le véritable caractère du mandat et s'est associé à sa violation.

[1] D. P., 28, 2, 2; voy. Metz, 4 juin 1825; Paris, 8 novembre 1836; Douai, 29 août 1844; Rouen, 7 janvier 1845; J. D. P., t. I, 1845, p. 27, et t. II, p. 359.

[2] D. P., 27, 2, 198; voy. cass., 19 décembre 1821; Rennes, 8 juillet 1839; Montpellier, 24 décembre 1841; J. D. P., t. II, 1839, p. 589; t. II, 1842, p. 762.

En droit commun, la connaissance du mandat est présumée chez celui qui traite avec un mandataire, mais les usages du commerce et la foi qui s'attache ordinairement aux commis voyageurs motivent justement une dérogation à cette règle. D'ailleurs, les pouvoirs de ces commis résultent plus souvent de la notoriété publique, de la remise des cartes et échantillons que d'un mandat écrit et formel. Aussi n'est-on pas habitué dans le commerce à se faire exhiber les pouvoirs des commis voyageurs.

1240. — Le plus ordinairement les mandataires commerciaux agissent en leur propre et privé nom. C'est là, avons-nous dit, une conséquence de l'avantage que trouve le commerçant à dérober à ses concurrents la connaissance des places sur lesquelles il opère. De là cette double règle :

1° Le mandant, n'ayant aucune action contre les tiers, ne peut être actionné par eux;

2° Le commissionnaire n'est, dans aucun cas, tenu de divulguer le nom de son commettant.

1241. — La première règle reçoit exception : 1° lorsque le mandataire est déclaré par une disposition expresse de la loi la personnification du mandant. De telle sorte que l'emploi de la qualité à laquelle cet effet se rattache suffit pour rendre ce dernier personnellement tenu. Ainsi le capitaine du navire est le représentant naturel et légal de l'armateur. Conséquemment celui qui traite avec lui, quoiqu'en son propre et privé nom, traite réellement avec l'armateur lui-même qu'il a pour obligé, malgré qu'il ne le connaisse pas même de nom.

Cette exception doit être renfermée dans de justes limites. On ne l'admettra donc que dans le cas où l'engagement du capitaine se réfère à la navigation du navire dont la direction lui est confiée; tout ce qu'il ferait en dehors de cet intérêt serait étranger à son armateur, qu'on ne pourrait dès lors rechercher sous aucun prétexte.

1242. — 2° Lorsque, de notoriété publique, l'affaire se traite pour le compte d'un mandant parfaitement connu et au crédit duquel les tiers ont fait exclusivement confiance.

Cette exception est susceptible d'acquérir une grande importance dans les pays de production et relativement aux commerçants de la localité. Ainsi, chaque maison de commerce a dans les villages environnants des personnes habituellement chargées d'acheter pour son compte les vins, les huiles, les amandes, les laines, les soies, en un mot les diverses productions du pays. Ces personnes, quoique traitant en leur nom personnel, sont cependant notoirement connues comme les fondés de pouvoirs de la maison qui les prépose. C'est à cette maison que les vendeurs font foi, car assez habituellement encore les mandataires n'offrent aucune solvabilité réelle, eu égard à l'importance des achats qu'ils réalisent.

Admettre en cet état que la maison, pour compte de laquelle se font ces achats, est à l'abri de tous recours de la part des vendeurs, ce serait s'exposer à consacrer la plus abominable de toutes les fraudes, la plus odieuse spéculation. En effet, par une collusion facile entre le commettant et le commissionnaire, le premier profiterait des marchandises qu'il paraîtrait avoir payées à celui-ci, contre lequel les vendeurs seraient réduits à se pourvoir. Recours illusoire pour eux, peu onéreux pour le commissionnaire qui trouverait dans son insolvabilité le moyen d'en éluder les effets.

Il est impossible que le législateur ait pu jamais vouloir consacrer un pareil résultat, ni permettre que la faculté pour le commissionnaire d'agir en son nom, introduite dans l'intérêt du commerce, fût susceptible de masquer une fraude aussi déloyale.

1243. — C'est la pensée de Pothier, qui n'hésite pas dès lors à résoudre la difficulté dans le sens seul équitable. Le mandataire, dit-il, est obligé principal, puisqu'il a donné son nom, mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paraît que le contrat s'est fait. Le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire, et de cette obligation accessoire du mandant naît une action qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont, contre le mandant, ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant : *Si quis pecuniæ fœnerandæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus propositus est, ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligabitur*[1].

L'opinion contraire est enseignée par Delamarre et Lepoitevin : ou le commerçant qui agit pour autrui, disent-ils, fait connaître son mandat à l'autre contractant, et alors il ne s'oblige pas, celui-là seul est obligé au nom duquel il contracte; ou il traite en son propre nom sans exprimer son mandat, sans agir *nomine alterius*, et, dans ce cas, lui seul est obligé, et nullement celui pour lequel il a entendu

[1] *Du Mandat*, n° 88.

réellement contracter et dont il a reçu mandat [1].

Telle est en effet la doctrine de deux maîtres célèbres, Ansaldus et Casaregis, invoqués par nos auteurs. Telle est, ajouterons-nous, la règle ordinaire devant régir le plus usuellement les opérations commerciales. Mais est-ce à dire que cette règle soit tellement inflexible qu'elle ne comporte aucune exception? Elle serait, si cela était, l'unique en son genre.

Quant à nous, nous n'hésitons pas à tenir que, comme toutes les autres, la règle est ici susceptible d'une exception. Cette exception est naturellement indiquée par l'exacte appréciation des bases sur lesquelles se fonde la règle.

Ces bases sont : d'une part, la solvabilité du commissionnaire; de l'autre, le secret que le commettant a voulu garder. Celui qui traite avec un commerçant solvable ne peut et ne doit supposer personne derrière celui avec qui il contracte. Il n'a compté et pu compter pour son payement que sur l'efficacité de la promesse personnelle qui lui en est faite; il n'aurait certainement pas traité, s'il eût considéré cette promesse comme insuffisante. On ne lui fait donc aucun grief en lui refusant un cautionnement qu'il n'a pas même exigé. Pourrait-il d'ailleurs raisonnablement prétendre avoir compté sur la solvabilité du mandant demeuré dans le secret le plus absolu, et qu'aucun indice ne désignait ni directement, ni indirectement?

Peut-on en dire autant de celui qui traite avec une personne notoirement en dessous de la solvabilité qu'exigerait l'importance de l'opération? Mais un négociant qui agirait ainsi, le propriétaire qui userait d'une telle confiance seraient des insensés qu'il serait urgent de faire interdire dans leur propre intérêt.

Un fait aussi anormal suppose donc qu'on a su qu'à côté de l'acheteur et derrière lui, existait quelqu'un dont la solvabilité certaine commandait cette confiance qu'on lui a indirectement faite. Il n'est donc plus possible de dire avec Casaregis : *Quia apparet mercatorem personam tantum contrahentis, in suo contractu contemplasse, nullumque ad personam mandantis respectum habuisse.* Ainsi s'efface cette première et essentielle base de la règle invoquée.

Lorsqu'à ce premier fait vient se joindre cette autre circonstance, à savoir : l'existence notoire et certaine d'un mandat en faveur de celui qui a contracté; lorsque l'auteur de ce mandat est publiquement nommé; lorsque, enfin, lui-même a concouru à former cette notoriété soit en transmettant publiquement des ordres à son mandataire, soit en le désignant comme tel, soit en faisant enlever lui-même la marchandise achetée par lui, est-ce qu'on pourra seulement hésiter? Qu'importe que le mandataire ait traité en son nom personnel? N'est-il pas évident que c'est avec le mandataire de la maison désignée qu'on a entendu contracter, qu'on a réellement contracté? Il serait donc absurde de vouloir, en cet état, appliquer une règle qui n'a plus de fondements et qui devient dès lors raisonnablement, équitablement inapplicable.

Troplong, en traitant notre question, rappelle ce qu'il a dit en matière de société, à savoir : lorsqu'un associé contracte seul, en son propre et privé nom, il n'oblige que lui; les tiers qui ont suivi sa foi n'ont pas d'action contre la société, et cela quand même celle-ci aurait profité du contrat. Mais lorsque la société n'existe que de fait, que cette existence est notoire, et qu'il est reconnu que les tiers en ont suivi la foi, il importe peu que la société n'ait pas été formellement nommée dans les actes passés avec les tiers, les circonstances de fait la font considérer comme obligée.

Pourquoi en serait-il autrement dans notre hypothèse? se demande le profond magistrat, l'habile jurisconsulte. Le mandataire est comme l'associé, il n'oblige son mandant envers les tiers que lorsqu'il a pris la qualité de son mandataire. Mais pour que cette qualité lui soit imprimée dans ses rapports avec les tiers, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le judaïsme n'est pas plus de mise ici que dans la société. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine publicité de position que les tribunaux doivent apprécier avec équité [2].

Troplong approuve conséquemment les arrêts de la cour de Rennes, que Delamarre et Lepoitevin frappent de réprobation. Il les corrobore par un arrêt de la cour de cassation, du 20 août 1844, rendu à son rapport.

1244. — En définitive, la question doit se résoudre sous l'empire de la règle tracée par Ansaldus : *Ea semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu contractus reperitur celebratus* [3]. Cette personne est de plein droit celle du mandant, dans le cas où le contrat est fait sous son nom et pour son compte; c'est

[1] T. II, p. 504, n° 267.
[2] Art. 1997, n°s 540 et suiv.
[3] *Disc.*, 12, n° 7.

celle du mandataire, lorsque c'est sous son nom propre et privé qu'il a agi. Mais, dans ce dernier cas, le mandant peut également se trouver obligé, si les circonstances établissent que notoirement connu, le crédit dont il jouissait a été la cause déterminante du contrat. Il faut dire avec Troplong que, s'il en était autrement, la fraude s'emparerait de ce moyen de droit pour tromper les tiers, on mettrait les mots au-dessus des choses, les apparences concertées au-dessus de la réalité.

1245. — A son tour, le principe que le mandataire n'est pas tenu de faire connaître son mandant, reçoit exception en matière d'assurances; les fondements de cette exception résident dans la nature même de ce contrat.

L'assurance ne peut exister sans un risque certain et déterminé. Elle ne peut jamais devenir l'objet d'un jeu sur les chances de la navigation.

D'autre part, il n'est peut-être pas de contrat qui exige plus l'emploi d'un intermédiaire, l'assurance se faisant à des distances telles que l'obligation pour l'assuré de la souscrire en personne équivaudrait souvent à une interdiction absolue de la faculté d'y recourir.

Enfin, et comme dans toutes les matières commerciales, le secret, sur la propriété de choses assurées, peut être indispensable au succès de l'opération. De là un grave intérêt pour le véritable assuré à dissimuler son nom et sa qualité.

Ces considérations ont été de tous les temps appréciées, elles ont déterminé l'autorisation de contracter l'assurance par commissionnaire agissant pour compte *de qui il appartiendra*, ou pour compte *de qui que ce soit*.

Mais si, le sinistre se réalisant, le commissionnaire pouvait continuer de taire le nom de son commettant, l'assurance dégénérerait bientôt en une gageure sur les fortunes de mer. En effet, un négociant, sachant qu'un navire part ou est parti pour un voyage déterminé, ferait assurer pour compte de qui il appartiendra une somme plus ou moins importante soit sur le navire lui-même, soit sur la cargaison. Si le voyage réussissait, il en serait quitte moyennant le payement de la prime; si le navire venait à se perdre, il réaliserait un bénéfice sans avoir jamais eu un risque quelconque à son bord.

La nécessité d'empêcher ce jeu, de veiller à la sincérité de l'assurance, exigeait donc que le sinistre se réalisant, et sur la première réquisition des assureurs, le commissionnaire fût tenu de nommer la personne pour le compte de laquelle il a agi; et comme nul ne peut être assuré contre son gré et sans son consentement, le commissionnaire serait tenu, en nommant l'assuré réel, de produire soit la lettre d'ordre, soit la ratification de l'assurance, si celle-ci était son fait spontané.

En effet, un commissionnaire, chargé d'expédier des marchandises à un commettant quelconque, peut, dans l'intérêt de celui-ci, les faire assurer sans en avoir reçu, sans même en attendre l'ordre. C'est là un acte de bonne, de prévoyante administration. Mais, en cas de sinistre, l'assurance ne vaut qu'en tant que cet acte a été approuvé et ratifié par le propriétaire des objets assurés; le défaut de ratification, comme celle qui serait postérieure au sinistre, annulerait l'assurance. Il importe, en effet, pour que la ratification puisse produire un effet utile, qu'elle soit donnée à une époque où le risque étant encore en suspens, l'aléa inséparable d'une assurance soit réellement couru. C'est encore là une règle que nous a léguée l'école italienne : *E docendo la ratificazione seguire re integra, cioe, avanti il sinistro, in tempo e stato di cose, nel quale l'atto ratificato potesse validamente farsi* [1]. Or, après le sinistre, l'assurance est impossible, dès lors la ratification l'est également.

Sous ce rapport donc, la dérogation à la règle que le commissionnaire n'est pas obligé de faire connaître son commettant, est parfaitement justifiée. Il est une autre considération qui ne la commandait pas moins impérieusement.

1246. — Aux termes de l'article 348 du Code de commerce, toute réticence, toute fausse déclaration qui diminuerait l'opinion du risque, ou qui en changerait le sujet, annule l'assurance. Le contrat n'est valable qu'autant que les assureurs ont été instruits de tout ce que l'assuré savait lui-même sur la navigation du navire, sujet du risque ou porteur de ce risque.

Or l'obligation de tout déclarer ne s'applique pas seulement au commissionnaire, souscrivant la police, mais encore et essentiellement à l'assuré dans l'intérêt de qui cette police est souscrite. Quelle qu'ait été la bonne ou la mauvaise foi du premier, l'assurance ne doit pas moins succomber, si le second est convaincu de réticence ou de fausse déclaration.

Il importait donc aux assureurs d'obtenir la production de la lettre d'ordre et de connaître ainsi le véritable intéressé. Car de deux choses l'une : ou le commissionnaire n'a pas indiqué toutes les circonstances que l'ordre renfermait,

[1] Casaregis, *Disc.*, 173, no 31.

et l'assurance est nulle par le fait du commissionnaire, seul responsable de sa faute envers son commettant; ou les indications de la lettre d'ordre auront été fidèlement exécutées, et les assureurs pourront toujours faire tomber le contrat, en prouvant que l'auteur de cette lettre a volontairement omis d'y consigner des circonstances qu'il connaissait et qui étaient de nature à influer sur l'opinion du risque : *Scientia domini sibi præjudicat! licet ejus procurator in contrahendo, illam non habuerit* [1].

C'est donc la conduite du mandant que les assureurs auront à explorer dans le plus grand nombre des cas. Or, comment auraient-ils pu user de ce droit d'un si haut intérêt pour eux, si, après comme avant le sinistre, le commissionnaire avait pu leur taire le nom du véritable intéressé?

1247. — Ainsi l'assuré répond de la faute et de la fraude du commissionnaire qu'il s'est choisi et avec lequel il s'identifie, à plus forte raison doit-il répondre de sa propre faute. Il ne serait pas juste de lui permettre d'en tirer avantage, par cela seul qu'il aurait confié à un tiers le soin de souscrire une assurance, en lui cachant des circonstances que les assureurs avaient le plus grand intérêt à connaître. Cette évidente injustice ne pouvait être évitée que par l'obligation faite au mandataire de faire connaître son mandant et de produire la lettre d'ordre. Celui-ci connu aura à répondre de sa réticence, de sa fausse déclaration; il aura de plus à prouver qu'il était réellement propriétaire des choses assurées.

Nous retrouvons l'identification du mandataire et du commettant dans les conséquences à tirer de l'article 365 du Code de commerce. Aux termes de sa disposition, il ne peut exister d'assurance valable si avant la signature de la police l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'heureuse arrivée. Or, pour l'application de cette règle, il importe peu que la perte ignorée du mandant soit connue du commissionnaire, ou réciproquement; il suffit qu'elle le soit de l'un d'eux pour que le contrat ne puisse sortir à effet.

Ainsi, dit Émérigon, si, lors de la signature de la police, le commissionnaire, qui fait l'assurance pour compte d'autrui, est instruit du sinistre, l'assurance est nulle, quoique le commettant l'ait ignorée.

Elle est également nulle, si ce dernier était instruit du sinistre, lorsqu'il a donné ordre de faire assurer, quoique le commissionnaire ait été de bonne foi.

Il en est de même si le commettant, instruit à temps pour révoquer l'ordre, a omis de le révoquer [2].

1248. — La dissimulation que le commettant ferait à son commissionnaire de la connaissance du sinistre, constituerait de sa part un véritable dol. Or, quelle que soit l'identification que nous venons de voir se réaliser entre eux, elle ne peut jamais aller jusqu'à rendre celui-ci responsable d'un dol personnel au commettant et auquel il serait resté étranger. C'est ce que la cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 8 mai 1844 [3]. Dès lors, la double prime que cette dissimulation entraînerait, aux termes de l'article 368, ne pourrait être mise à la charge du commissionnaire de bonne foi.

1249. — Ce résultat est d'ailleurs une conséquence logique de la déclaration du nom de celui pour compte de qui l'assurance a été prise. Cette indication n'a certes pas pour effet d'effacer les obligations personnellement contractées jusque-là par le commissionnaire. Il faut donc dire avec Casaregis : *Facta nominatione, stipulator non exit e contractu, qui erat in eo radicatus ab initio, sed persona nominata accumulatur ipsi contractui* [4]. Le commissionnaire restera donc débiteur de la prime convenue, et de toutes les obligations contractées par la police.

Mais cette nomination réalisée, les assureurs se trouvent désormais en présence de leur véritable adversaire. Ils peuvent scruter sa conduite, et tout ce qui ressort de cet examen amiable ou judiciaire ne peut plus concerner que l'assuré. Le commissionnaire n'a pas même qualité pour se prétendre intéressé au procès; à quel titre donc lui ferait-on supporter la peine que le dol ou la fraude de son commettant pourra faire prononcer?

1250. — La seconde condition pour que le mandant soit tenu envers les tiers, c'est que le mandataire ait agi dans la limite du mandat. S'il a excédé ses pouvoirs et que les tiers les aient suffisamment connus, le mandant n'est pas tenu : *Non essendo ademptita la forma del mandato, non e tenuto il mandante a osservare e ratificare chio che vien fato del mandatario* [5].

[1] Casaregis, *Disc.*, 9, n° 19.
[2] *Des Assurances*, chap. XV, sect. VIII.
[3] D. P., 44, 1, 238.
[4] *Disc.*, 5, n° 26; Ansaldus, *Disc.*, 12; Valin, t. II, p. 33, 34; Troplong, art. 1997, n° 564.
[5] Casaregis, *Disc.*, 119, n° 9.

1251. — L'abus du mandat crée donc une exception en faveur du mandant, mais ses effets diffèrent suivant que cette exception est opposée au mandataire ou aux tiers avec lesquels il a traité.

Le mandataire qui a sciemment outre-passé son mandat a commis une faute dont il doit répondre. Il ne peut, conséquemment, contraindre le mandant à le relever des engagements qu'il a personnellement contractés, ni le forcer à lui rembourser les avances et frais exposés. Cette règle a un fondement rationnel et équitable, nul ne peut être engagé au delà de sa volonté et contre ses ordres exprès. Or, si l'étendue de cette volonté peut quelquefois être contestable, tout doute est impossible lorsqu'elle résulte expressément et formellement du mandat écrit. D'ailleurs, celui qui ne se conforme pas aux ordres qu'il a reçus, ne peut agir, en réalité, à titre de mandataire. C'est personnellement qu'il contracte, c'est donc aussi lui seul qui s'oblige.

En conséquence, pour ce qui concerne le mandataire, la règle prescrite par l'article 1998 est générale et absolue. Le mandant n'est jamais engagé par ce qui a été fait au delà de ses ordres et contrairement à ses intentions. Tout ce qui a été fait dans ce sens lui demeure étranger, il n'a pas même besoin d'en faire prononcer la nullité. Cette nullité est de plein droit et résulte de l'excès du mandat.

Mais l'existence de l'abus peut être contestée, et ce n'est qu'en tant qu'il est certain que les effets que nous venons de rappeler se réalisent. Le doute qui s'élèverait à cet égard offrirait une question d'interprétation que les tribunaux décideraient souverainement et en fait.

Or, le doute peut naître des termes obscurs et ambigus employés par le mandant. Mais, à cet égard, il importe de remarquer que le mandataire, toutes les fois qu'il se crée des doutes sur l'étendue de son mandat, doit provoquer des explications et conformer sa conduite à celles qui lui sont données. Il ne pourrait donc se prévaloir de l'obscurité ou de l'ambiguïté du mandat, s'il a eu tout le temps nécessaire pour demander et obtenir ces explications. Mais il ne serait pas juste de le rendre victime de l'erreur qu'il a pu commettre de bonne foi, si l'accomplissement du mandat devant se réaliser dans un temps voisin de sa réception, le mandant n'a pu être consulté, ni répondre en temps utile. Dans cette hypothèse, la faute de ne s'être pas suffisamment expliqué devrait retomber sur lui.

1252. — La certitude de l'excès, suffisante contre le mandataire, ne suffit plus contre les tiers. Il faut, de plus, que ceux-ci aient pu apprécier l'excès; qu'ils aient, conséquemment, connu les pouvoirs de celui avec qui ils ont contracté. Cette connaissance est, dans tous les cas, présumée. Il est naturel, en effet, que celui qui traite avec une personne se disant mandataire d'un tiers, lui fasse exhiber ses pouvoirs. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire que le tiers est toujours recevable à produire [1].

1253. — Par rapport aux tiers, la règle que le mandant n'est pas tenu de tout ce qui excède le mandat est susceptible de quelques autres exceptions. Ainsi, le tiers ne pourrait être éconduit que si la production du mandat et sa connaissance ne lui permettaient pas de se tromper de bonne foi sur son étendue. L'ambiguïté, l'obscurité des termes serait donc pour lui une excuse légitime. On ne pourrait consacrer le contraire sans s'exposer à de graves injustices. Bientôt l'une ou l'autre ne serait plus que l'effet du calcul pour se ménager, dans tous les cas, une porte de sortie et rendre ainsi les tiers victimes d'une fraude manifeste.

1254. — Une autre exception se réaliserait incontestablement dans l'hypothèse où l'excès consisterait dans l'emploi de la procuration, alors que l'objet pour lequel elle a été consentie aurait reçu son accomplissement. Je charge un mandataire d'emprunter pour moi une somme de 1,000 fr. Cet emprunt est effectivement réalisé et le mandat a produit tout son effet. Mais j'omets de retirer la procuration, et celui qui en est porteur contracte un second, un troisième emprunt. Il y a là, évidemment, un coupable excès de pouvoirs; mais le second et le troisième prêteur ne sauraient être privés de leur recours que si, connaissant le premier emprunt, ils se sont associés à l'infidélité du mandataire. Si cette preuve n'est pas fournie, il leur suffit d'avoir suivi la foi de la procuration pour que le mandant soit obligé envers eux : *Si quidem publicæ repugnat æquitati, civilique commercio, quod quis sincera fide contrahens cum aliquo manibus habente publicum instrumentum mandati, debeat sub ista bona fide decipi* [2].

Troplong, qui approuve cette doctrine, fait très-bien remarquer que le mandant peut facilement échapper à la possibilité de cet abus

[1] Voy. cependant *suprà*, no 1239.

[2] Ansaldus, *Disc.*, 30, no 4.

en précisant, dans le mandat, la personne auprès de laquelle l'emprunt devra être contracté ou bien en retirant la procuration des mains du mandataire, dès la réalisation de l'emprunt [1].

Le premier moyen est péremptoire autant que facile, mais il n'en est pas de même du second. Comment, en effet, obtenir matériellement la restitution d'un titre, lorsque le dépositaire ne voudra pas l'opérer? Ce refus laissera-t-il le mandant pour toujours responsable des engagements qu'il plaira au mandataire infidèle de souscrire?

Il n'est certes pas possible de l'admettre ainsi. La loi eût été injuste si elle n'avait pas fourni le moyen de conjurer un pareil danger. Dans un cas de cette nature, le mandant ne doit pas se borner à révoquer de fait la procuration, il doit donner à cette révocation la plus grande, la plus éclatante publicité, soit par des circulaires imprimées, soit par l'insertion dans les journaux de la localité. Cette publicité, ayant pour objet de prévenir les tiers, leur enlèverait, au besoin, toute excuse de bonne foi et exonérerait le mandant de toute responsabilité des engagements qu'ils auraient pu contracter avec l'ancien mandataire.

A défaut de ces précautions, comme dans tous les cas d'infidélité ou de fraude de la part du mandataire, la responsabilité appartient au mandant. Les tiers n'ont nullement à se reprocher d'avoir traité avec celui qui avait réellement la qualité qu'il prenait, tandis que le mandant a fait faute en investissant de sa confiance une personne capable d'en abuser. Il n'y a donc pas à hésiter : *Unde quidquid sit in aliis materiis extra commercium, vel inter procuratorem et dominum, certum undequaque videtur, quod tertius innocens ac fidem ipsi constituenti, non debet ullo modo clandestinos actus procuratoris defraudari eodem modo, quo si procurator asserat recepisse pecunias in eam causam de qua cantat mandatum, illasque in alios usus convertat, adhuc ipse constituens qui credidit suo procuratori, et non tertius qui credidit ipsi constituenti damnificatur* [2].

1255. — Le mandant ne saurait récuser la responsabilité des actes de son mandataire, si l'excès de pouvoirs dont il excipe résultait non du mandat lui-même, mais de modifications consenties soit verbalement, soit par acte séparé. Cependant la connaissance de ces modifications par les tiers les placerait sous le coup de l'article 1998; mais cette connaissance n'est plus présumée, comme nous le disions tout à l'heure pour celle du mandat; celui qui l'alléguerait dans son intérêt devrait la prouver.

1256. — Enfin, une dernière exception, et celle-ci commune aux tiers et au mandataire lui-même, résulterait de la ratification expresse ou tacite que le mandant aurait faite de l'opération réalisée au delà du mandat. Lui seul, en effet, a qualité pour se plaindre de l'excès de pouvoirs; mais il n'est pas forcé de le faire. Rien même ne saurait l'empêcher de s'en appliquer les effets.

C'est ce qu'il est, de plein droit, présumé faire lorsqu'il a approuvé formellement l'opération, ou lorsque, sans donner cette approbation formelle, il s'est contenté de la ratifier tacitement.

Un principe incontestable en matière de mandat, c'est que la ratification n'est plus celle exigée par l'article 1338. On ne saurait donc exciper de l'absence, dans l'acte de ratification, des conditions prescrites par cet article. La ratification s'induit, définitivement, de tout acte duquel résulterait une approbation quelconque de l'opération après que le mandant en a eu connaissance; elle s'induirait également du silence gardé par lui, comme s'il s'abstenait de répondre à la lettre par laquelle le mandataire lui annonce la manière dont il a exécuté ses ordres. A plus forte raison, si, dans la réponse à cette lettre, il n'a fait ni protestation, ni réserves.

En matière commerciale, les exemples d'approbation, tirée du défaut de réponse à une lettre, sont nombreux. Or, les motifs qui militaient dans ce cas justifiaient l'application de la règle en matière de mandat. Il ne serait pas juste, en effet, que le mandant pût, à son gré, s'appliquer l'opération si elle est avantageuse, la répudier si les résultats étaient onéreux. C'est ce qui arriverait cependant, s'il pouvait suspendre sa décision pendant un temps plus ou moins long. Donc, libre de l'accepter ou de la répudier, il faut qu'il s'explique dès qu'il en connaît l'existence et les circonstances essentielles. Son choix est présumé pour l'acceptation, s'il ne se prononce pas pour le rejet. C'est ce que décidait formellement l'école italienne : *Mandatorem habentem certam scientiam de excessu sui mandati, eique, neque facto, neque verbis contradicentem, haberi pro approbante dummodo cum scientia concurrat aliquis actus, ut receptio litterarum*

[1] Article 1998, no 605. *Vid.* Delamarre et Lepoitevin, t. II, no 354.

[2] Ansaldus, *Disc.*, 30, no 5.

et taciturnitas; et fortius responsio sive dissensu vel reprobatione [1].

Ces principes étaient marqués au coin d'une trop exacte équité, pour qu'ils ne fussent pas suivis sous l'empire de notre législation. Aussi le sont-ils à peu près sans contradiction [2].

TROISIÈME PARTIE.

DE LA SIMULATION.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1257. — Définition de la simulation. — En quoi elle diffère du dol ou de la fraude.
1258. — Elle est absolue ou relative.
1259. — Objets qu'elle se propose.

1257. — La simulation n'est pas autre chose qu'une fraude. Ce qui la distingue de celle que nous venons d'examiner et du dol lui-même, c'est que ceux-ci sont ordinairement le fait exclusif d'une des parties, exécuté et conçu pour causer un préjudice à l'autre, tandis que la simulation ne peut exister sans le concours et le consentement de toutes les parties.

Une autre différence non moins essentielle, c'est que la fraude et le dol sont nécessairement frauduleux et que leur effet est d'annuler infailliblement le contrat qui en est vicié. La simulation, au contraire, n'est pas toujours illicite; elle est même, dans certains cas, incapable d'empêcher la convention de recevoir son exécution pleine et entière.

Depuis longtemps la doctrine a défini la simulation. Elle est le déguisement de la vérité; on appelle simulé, l'acte qui n'est pas l'expression sincère de l'intention réelle des parties : *Cum aliud agitur, aliud simulatur vel scribitur.*

1258. — La simulation est absolue ou relative. Absolue, quand les parties n'ont pas eu l'intention de contracter un véritable engagement; lorsque le contrat est purement fictif; lorsqu'on suppose des aliénations pour mettre ses biens à couvert contre les poursuites de la loi ou de ses créanciers.

Elle est relative, lorsque les parties ont formé un engagement réel sous l'apparence d'un autre contrat, une donation sous la forme d'une vente, une vente sous celle d'un échange, etc...

1259. — Ce double caractère indique suffisamment les divers buts que peut se proposer la simulation. C'est le déguisement pur et simple du contrat, ou un prétexte pour éluder la loi, ou le moyen de tromper les tiers. Nous allons la suivre dans chacune de ses phases, et en rechercher les effets.

CHAPITRE PREMIER.

SIMULATION PURE ET SIMPLE DU CONTRAT.

SOMMAIRE.

1260. — Caractères de la simulation licite.
1261. — Législation romaine.
1262. — Législation actuelle.
1263. — Différence entre l'acte atteint d'une simulation relative et celui vicié par une simulation absolue.
1264. — Validité de la donation déguisée. — Débats qu'elle avait soulevés dans le sein de la cour de cassation.
1265. — Ce résultat, juridiquement inévitable, paraît contraire à la raison.
1266. — La donation déguisée, affranchie de la révocation pour cause d'ingratitude, est-elle révoquée pour survenance d'enfants?
1267. — Preuve admissible pour établir le véritable caractère de l'acte, en cas d'action en révocation pour survenance d'enfants.

[1] Casaregis, *Disc.*, 30, nos 60 et 61.

[2] Pardessus, t. I, no 253; Toullier, no 490; Duranton, t. XIII, no 265; Troplong, art. 1988, no 612.

1268. — Durée de l'action.
1269. — Ses conséquences à l'endroit des tiers détenteurs.
1270. — La vente peut être valablement consentie sous forme d'un échange et réciproquement.
1271. — Importance du véritable caractère de l'acte pour la plainte en lésion.
1272. — La preuve testimoniale est-elle admissible pour établir la simulation?
1273. — Simulation dans la date de l'acte sous seing privé. — Ses effets entre les parties.
1274. — *Quid* en cas de dénégation de l'écriture ou de la signature?
1275. — La reconnaissance de l'acte est formelle ou tacite.
1276. — Pour que l'acte puisse faire foi de sa date, il faut que le souscripteur à qui on l'oppose n'ait pas acquis depuis peu, ou n'ait pas perdu, dans l'intervalle, la capacité de contracter.
1277. — Application de cette règle au mineur ou à l'interdit.
1278. — A la femme mariée.
1279. — A celui frappé d'une condamnation criminelle.
1280. — Les termes de l'article 1322, *ayant cause*, s'appliquent-ils aux successeurs à titre particulier.
1281. — Opinion de Toullier.
1282. — Opinion contraire de Chardon.
1283. — Examen de celle-ci.
1284. — Exception à la règle de l'article 1322, en matière de lettres de change.
1285. — Motifs de cette exception.
1286. — Résumé.

1260. — La simulation simple, lorsqu'elle n'a pas pour objet de déguiser une incapacité légale ou de donner une apparence licite à un contrat prohibé, lorsque, enfin, elle ne renferme aucune intention de frauder la loi ou de nuire à des tiers, n'est prohibée en aucune manière. Son existence ne pourrait donc nuire à la validité de l'acte, ni occasionner la nullité du contrat, dont il a plu aux parties d'emprunter les formes.

Ces paroles, d'un arrêt de la cour de cassation, du 31 octobre 1809, dominent notre matière. La règle en résultant est la validité de l'acte, ramené à l'intention vraie des parties.

Il est certain, en effet, que dès que les parties sont respectivement capables de contracter; que dès que le contrat a une cause licite et réelle, les conditions exigées pour la validité des conventions se trouvent réalisées, et dès lors, quelles que soient les formes adoptées, le contrat tombe sous l'application de l'article 1134, donnant un lien obligatoire aux conventions légalement intervenues.

Nous disons quelles que soient les formes adoptées. En effet, il importe peu que les parties aient donné au contrat une qualification et une apparence distinctes de celles qu'il devait naturellement offrir. Dans l'appréciation des conventions, c'est l'intention qu'il faut rechercher plutôt que de s'arrêter servilement aux termes dans lesquels elle se manifeste, et si l'exécution de l'intention vraie ne doit rencontrer aucun obstacle ni dans la loi, ni dans l'ordre public, ni dans les droits des tiers, elle doit non-seulement être tolérée, mais encore ordonnée.

1261. — Cette règle n'avait pas été méconnue par le droit romain, qui admettait la validité de l'acte simulé : *Si quis donationis causa venditionis contractus simulatus est, emptio in sua deficit substantia, sane in possessionem rei sub specie traditionis causa donationis, ut te aleret induxisti : sicut perfecta donatio facile rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans, dixisti, parere convenit* [1].

Dans son Commentaire de cette loi, Bruneman en résume ainsi la substance : *Simulatam emptionem licet non valeat illa ut emptio, valere tamen ut alium contractum qui revera intenditur, quia contractus simulatus a licito ad licitum jure non est irritus.* Godefroy, de son côté, enseigne, à cette occasion : *Et ita si non valet quod ago ut ago, valet ut valere potest, non valet ut venditio, valet ut donatio. Inspicitur voluntas contrahentium quibus animus fuit donare, ita ut verus contractus donationis prævaleat simulatæ venditioni.*

Cette doctrine, confirmée par d'autres lois [2], ne pouvait laisser aucun doute sur le sort de l'acte; il ne paraît pas qu'elle ait soulevé la moindre difficulté sous notre ancien droit.

1262. — Le Code civil ne s'est pas exprimé avec la netteté et la précision du législateur romain, mais, en l'absence de toute disposition contraire, la rationalité de la solution que nous venons d'indiquer devait la faire admettre. Toutefois il y a mieux qu'un simple silence, et, de quelques dispositions de notre loi, on peut tirer cette conséquence que la doctrine du droit romain a reçu une approbation explicite.

1263. — L'acte, atteint d'une simulation relative, ne saurait être assimilé à celui que vicie une simulation absolue. On a pu dire de ce dernier : *Colorem habet, substantiam vero nullam.* Tout ce qu'on pourrait dire du premier, c'est que *colorem habet, substantiam vero alteram.* La cause énoncée n'est pas exacte, mais, au fond, il en existe une réelle et sincère.

Ce caractère, parfaitement saisi par la loi romaine, avait dicté ses dispositions. Eh bien! ce caractère et ses conséquences nous les retrou-

[1] L. 3, Cod., *de contrah. empt.*

[2] L. 9, Cod., *eodem titulo; L. ult.*, Dig., *pro donato.*

vons dans le Code civil; il est vrai que l'article 1132 assimile la fausse cause à la cause illicite, immorale, à l'absence de toute cause, mais l'article 1133 ajoute immédiatement que la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, d'où on a conclu que l'obligation est valable quoique la cause exprimée soit fausse, pourvu qu'il existe réellement une cause légitime.

C'est précisément ce qui se réalise dans la simulation relative. Ainsi l'acte qualifié vente ou échange n'est ni une vente, ni un échange, mais il est une donation dans le premier cas, une vente dans le second. Si la cause énoncée est fausse, il en existe donc une réelle, et cela suffit pour la validité de la convention.

Ce qui n'est qu'une induction, puissante il est vrai, en regard de l'article 1133, devient une certitude si l'on recourt à l'article 911. Dans celui-ci, le législateur s'occupe de la simulation dans le caractère du contrat et annule la donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, mais le motif déterminant de cette nullité ne se puise pas dans le déguisement de la convention, mais uniquement dans le défaut de capacité du donataire. D'où il résulte que là où ce défaut de capacité n'existe pas, la libéralité est bien obvenue, quelle que soit d'ailleurs la forme sous laquelle elle ait été déguisée.

1264. — Nous arrivons donc à ce résultat que, loin de déroger au droit romain, le code civil en a consacré la doctrine, et ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est l'abandon aujourd'hui consommé d'une dissidence que la validité de la donation déguisée avait soulevée dans le sein de la cour de cassation elle-même; ainsi, tandis que l'affirmative était professée par la chambre civile, la chambre des requêtes se prononçait pour la négative.

Un arrêt rendu par celle-ci, le 8 frimaire an XIII, nous paraît utile à recueillir comme une constatation des reproches pouvant être adressés au système qui a définitivement prévalu.

« Attendu, porte cet arrêt, que les lois des 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII, en introduisant un droit nouveau, relativement à la quotité des biens disponibles, n'ont rien statué à l'égard de la forme des actes par lesquels il serait permis de disposer à titre gratuit; d'où il résulte que les lois antérieures à ce sujet ont dû continuer de recevoir leur exécution;

« Attendu que, d'après la disposition de ces lois, et notamment de l'ordonnance de 1731, il n'existait que deux manières de disposer à titre gratuit, savoir : par donations entre-vifs ou par testament, chacune desquelles était assujettie à des formes particulières dont l'inobservation entraînait la peine de nullité; d'où il suit que lorsqu'un acte ne contient pas la mention expresse, de la part de l'une des parties, de disposer en faveur de l'autre à titre gratuit, et que, sans être revêtu des formes particulières à ce genre de disposition, il ne contient que la simple énonciation d'un contrat commutatif à titre onéreux, il ne peut être regardé comme donation par cela seul qu'il ne peut valoir comme contrat commutatif, car autrement ce serait tromper la sage prévoyance du législateur qui, en exigeant l'énonciation expresse de l'intention de disposer à titre gratuit, et la soumettant à l'accomplissement de certaines formalités, n'a évidemment eu d'autre objet que de garantir les donateurs des surprises qu'on pourrait leur faire en déguisant, sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, une véritable libéralité qui n'était point dans leur intention, et de dispenser par ce moyen le donataire des obligations résultant d'une donation expresse, telles que la nécessité de l'insinuation, la révocation pour cause d'ingratitude, de survenance d'enfants et autres cas semblables. »

Comme on le voit, le principal argument invoqué par la chambre des requêtes était celui-ci : Des lois spéciales ayant ordonné des formalités obligatoires pour les donations, il ne saurait être qu'on pût s'en dispenser en déguisant la libéralité sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, il ne peut exister de donation valable que celle qui réunit les formalités voulues par la loi. Nous allons trouver la réponse à cet argument dans un arrêt de la chambre civile, rendu le 5 janvier 1814, précédé et suivi de beaucoup d'autres, tous dans le même sens.

« Vu les lois 36 et 38, Digeste. *de contrahenda emptione;* la loi 6, Digeste, *pro donato*, et la loi 3, *eodem titulo;*

« Et attendu que les donations tacites sont permises par les lois ci-dessus citées; que le statut delphinal et l'ordonnance de 1731 ne les ont pas formellement abrogées; que les dispositions de ces lois, relatives aux formes qu'elles prescrivent, comme indispensables pour la validité des donations, ne se rapportent qu'aux donations proprement dites, et non aux libéralités tacites, faites sous les formes d'un autre contrat, lorsqu'il y a capacité de donner et de recevoir sans blesser le vœu de la loi; que la simulation n'est prohibée que lorsqu'elle a pour objet d'éluder une disposition de loi ou de nuire aux droits des tiers; que le principe, contenu à cet

égard dans les lois romaines, se trouve reproduit et consacré par l'article 911 du Code civil. »

Cette jurisprudence n'a plus aujourd'hui de contradicteur, la chambre des requêtes ayant fini par s'y rallier. Il en résulte qu'en droit la donation, déguisée sous l'apparence d'une vente, doit sortir à effet lorsqu'à la capacité des parties contractantes se joint l'absence de toute intention de nuire aux tiers. Nous reconnaissons même qu'en présence des dispositions du Code, il était difficile d'arriver légalement à un autre résultat.

1265. — Mais ce résultat contraire aurait dû être accueilli et consacré par le législateur. Nous n'hésitons pas à le dire, la validité de la donation, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, est un abus qu'on eût bien fait de proscrire. Les inconvénients signalés par la chambre des requêtes sont graves autant qu'évidents, et nous ne comprenons pas que le législateur de 1843 n'ait pas eu le courage de consacrer une mesure qui n'était que la conséquence rigoureusement logique de la réforme qu'il introduisait dans la législation.

La différence d'une libéralité à un acte ordinaire ne lui avait pas pourtant échappé. L'exception consacrée par l'article 2 de la loi du 24 juin, à l'endroit des premières, le prouve péremptoirement.

Ce qui le prouve mieux encore, ce sont les motifs qui ont fait admettre cette exception. « Il est une classe d'actes, disait le rapporteur, M. Philippe Dupin, que les auteurs de la loi ont cru devoir soumettre à des formes plus rigoureuses, et pour lesquelles on nous propose d'exiger le concours effectif, la présence réelle du notaire en second et des témoins, ce sont les donations de toute nature...

« Quelques esprits se sont étonnés de cette distinction. Ils ont demandé si une vente ou un échange de trois cent mille francs n'était pas plus important qu'une donation de cent francs.

« Mais on n'a pas fait attention que la différence proposée était fondée sur la nature des actes, et non sur l'importance de l'intérêt.

« En effet, les actes ordinaires donnent presque toujours lieu à des faits d'exécution immédiate ou du moins à des faits qui s'accomplissent du vivant des parties contractantes. Cette exécution sert de contrôle, de certification, et, en cas de débats, les intéressés sont là pour expliquer leurs propres intentions, et combattre les fraudes de toute nature. Les donations, au contraire, presque toujours accompagnées d'une réserve d'usufruit, ne viennent à exécution qu'après la mort de ceux qui les ont faites, elles sommeillent jusque-là, et, lorsque le jour de l'exécution est arrivé, le donateur ne peut plus élever la voix pour protester contre les surprises, et pour déjouer les fraudes.

« Autre différence plus importante encore : Les donations sont trop souvent arrachées à la faiblesse ou à la maladie par des influences diverses et par des manœuvres captatoires; il n'en est pas de même des autres actes. On a donc pensé que la liberté des donateurs doit être plus spécialement protégée par la présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins. Cette précaution est prise, bien moins contre le notaire que contre l'entourage du donateur. »

Ces considérations prévalurent, et les garanties proposées furent admises. On reconnut donc qu'il était urgent de protéger le donateur contre sa propre faiblesse, contre l'avidité de son entourage. Le moyen adopté est-il, peut-il être efficace, tant qu'une donation pourra valablement se déguiser sous la forme d'un contrat onéreux? La loi de 1843 ne répond donc nullement à la pensée du législateur. La garantie qu'elle exige n'est qu'apparente, et, loin de protéger les intérêts qu'elle a voulu couvrir, elle les compromet plutôt. En effet, plus la volonté du donateur sera incertaine, plus il aura fallu recourir à la surprise et à la fraude, et plus on reculera devant la nécessité imposée par la loi, lorsque, pour l'éluder et pour faire triompher des manœuvres coupables, il suffira de recourir à la simulation et de rédiger un acte de vente sous seing privé.

Le corollaire indispensable de la loi de 1843 était donc une disposition annulant la donation déguisée sous la forme d'un acte onéreux. A cette condition seulement il était possible d'empêcher la fraude qu'elle a voulu prévenir.

Comment l'empêcherait-elle en l'absence de cette prohibition? Le donataire a le plus grand intérêt à simuler un acte à titre onéreux. Cet acte a tous les avantages de la donation, sans aucune de ses charges; il n'est soumis à aucune forme, à aucune authenticité; il est plus irrévocable encore que la donation elle-même. En effet, l'ingratitude du donataire peut faire révoquer celle-ci, mais elle ne révoque pas l'acte simulé. Le prétendu acquéreur pourra payer son bienfaiteur de la plus noire ingratitude; le chasser, l'expulser de chez lui; lui refuser les aliments; en un mot, le réduire à recourir à la charité publique, et, pendant ce temps, il jouira insolemment d'une fortune que la fraude, aidée d'une simulation, lui permettra de retenir.

Tout cela, dit-on, c'est le donateur qui l'a voulu lui-même, puisque, pour mieux assurer son bienfait, il s'est lié plus irrévocablement que par une donation franche. Mais peut-on raisonnablement croire que le donateur a pu faire autrement et qu'il a parfaitement apprécié les conséquences de l'acte qu'il souscrivait? Il faudrait, pour cela, admettre qu'il a préféré l'intérêt du donataire au sien propre. Cet intérêt exigeait qu'il se précautionnât contre une ingratitude qu'il devait prévoir, et, s'il a failli à ce qu'exigeait cette prévision, c'est qu'il n'a pas été maître de faire autrement qu'il n'a fait.

Cela se conçoit. Le donataire a, lui, le plus grand intérêt à se garantir contre la chance d'une révocation, dans une hypothèse dont il s'est peut-être déjà rendu intentionnellement coupable. On ne hasarde donc rien en le supposant l'auteur d'une simulation qui l'affranchit du devoir de la reconnaissance et qui consolide plus fortement entre ses mains cette fortune qu'il convoite. *Is fecit scelus cui prodest*, dit la raison criminelle, et cette maxime doit, dans notre hypothèse, résoudre la difficulté. Ajoutons que celui que l'idée d'une donation alarmerait n'est pas aussi effrayé de l'idée d'une fausse vente, qu'on lui présente comme sans efficacité, sans portée réelle, ne devant sortir à effet que s'il ne la rétracte pas, en un mot comme révocable au même titre que le testament lui-même.

Notre pratique personnelle nous a convaincu de l'audace avec laquelle les avides coureurs d'héritage s'efforcent de persuader et persuadent quelquefois de choses incroyables. Il est vrai qu'ils ont le soin de s'adresser à d'autres qu'à des intelligences saines et fortes. Mais c'est surtout la vieillesse et la décrépitude qui ont besoin d'être protégées.

Dira-t-on que ce sont là des manœuvres frauduleuses de nature à vicier l'acte? Mais plus l'idée suggérée est extraordinaire, et plus on répugne à l'admettre. On ne voit, dans la plainte, qu'un moyen de rétracter une libéralité qu'on regrette, et comme, en définitive, il n'y a aucune preuve écrite et qu'il faudrait recourir à la preuve testimoniale, on vous écarte parce qu'on s'est rendu complice de la fraude alléguée : *Nemo auditur allegans propriam turpitudinem*.

Nous avons donc raison de le dire, tant qu'on n'aura pas admis la nullité de toute donation qui ne réunira pas les formes que la loi impose pour les actes de cette nature, on n'aura pas garanti efficacement le donateur contre les fraudes de *son entourage*. Tout ce qu'on tentera dans ce sens ne produira d'autre résultat que d'encourager la fraude à se réfugier dans la large voie qu'on lui laisse.

1266. — Ainsi que nous venons de l'indiquer, la donation déguisée n'est point soumise à la révocation pour cause d'ingratitude. Est-elle également affranchie de la révocation pour survenance d'enfants?

La révocation pour survenance d'enfants, quelque équitable qu'elle soit, n'a pas toujours été admise sans contestation. Les docteurs étaient partagés, même depuis la loi *si unquam* [1], car ceux qui tenaient pour la négative soutenaient que cette loi n'était applicable qu'aux donations faites par un patron à son affranchi. Cependant son application aux donations en général avait fini par être admise.

L'ordonnance de 1731 aurait, dans tous les cas, rendu tout litige impossible. Aux termes de l'article 39, les donations, quelles qu'elles soient, à quelque titre qu'elles aient été faites [2], de quelque valeur qu'elles puissent être, sont révoquées par la survenance d'enfants. Les difficultés qui s'étaient élevées sur les dons mutuels, sur la faculté pour le donateur de s'interdire d'user de cette révocation ou de la ratifier après la naissance des enfants, ont été également tranchées par l'ordonnance.

Le Code civil s'est approprié les dispositions du législateur de 1731. Les articles 960 et suivants sont formels et explicites à cet égard. La survenance d'enfants annule toute donation précédente. La loi suppose que leur existence, au temps de la donation, l'eût empêchée de se réaliser; elle présume, en outre, dans celle faite par un homme sans enfants, l'existence d'une clause tacite et implicite de révocation, en cas qu'il lui en survienne.

Notons que le motif de cette révocation est plutôt dans l'intérêt des enfants que dans celui du donateur. On ne pouvait admettre qu'une famille dût, avant même de naître, être dépouillée d'une fortune que sa qualité seule devait lui assurer de préférence à tous.

Cela admis, nous n'hésitons pas à résoudre négativement la question que nous nous sommes posée, et à tenir que la donation, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, est révoquée par la survenance d'enfants au donateur.

Qu'on ne puisse pas la faire révoquer pour

[1] L. 8, Cod., *de rev. donat.*

[2] Sont cependant exceptées : 1° les donations faites, dans le contrat de mariage, aux conjoints par leurs ascendants; 2° celles que les conjoints se font l'un à l'autre.

cause d'ingratitude, on le comprend. Cette révocation est dans l'intérêt personnel et exclusif du donateur. En droit, chacun peut déroger à une loi faite en sa faveur ; or cette dérogation à tout avantage personnel s'induit contre le donateur. Par cela seul qu'il a dissimulé la libéralité, il l'a rendue ainsi à tout jamais irrévocable ; il n'y a donc que justice à lui faire supporter les effets d'une irrévocabilité qu'il a pu et n'a pas voulu empêcher.

Mais la maxime qu'on peut déroger à une loi faite en sa faveur n'a plus aucune portée, lorsque la révocation est demandée pour survenance d'enfants, par deux raisons : 1° parce que, dans ce cas, la révocation est plutôt dans l'intérêt des enfants que du donateur lui-même ; 2° parce que, comme l'enseignent Ricard et Pothier, la dérogation peut s'entendre avec cette limitation, pourvu que son auteur soit dans le même état et dans la même position qu'il se trouvera lorsqu'il aura droit de se servir de la loi à laquelle il a dérogé, et non pas lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la loi a voulu lui subvenir. Ainsi, un mineur ne peut pas renoncer à la loi qui lui accorde la restitution, pendant qu'il est encore en minorité. Par la même raison, la loi pour la révocation des donations au cas de survenance d'enfants ayant été faite pour subvenir au défaut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants et se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté et qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfants, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la loi a établi en leur faveur [1].

Il est un autre motif plus péremptoire encore, c'est celui qui se tire de la disposition de l'article 965 du Code civil. Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfants, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun effet. Ainsi la renonciation formelle est défendue, comment dès lors en admettre une tacite ? c'est-à-dire qu'on pourrait, par une voie indirecte, arriver à faire ce qu'il est prohibé de faire directement. Ce simple aperçu suffirait pour juger la question. En admettant que la simulation de l'acte valût renonciation à le faire révoquer pour survenance d'enfants, cette renonciation ne pourrait valoir plus qu'une convention expresse ; elle serait donc frappée, comme celle-ci, par la disposition de l'article 965.

1267. — Il est vrai que le donataire menacé de la révocation pourrait vouloir soutenir la sincérité du caractère onéreux donné à l'acte, mais il résulte forcément de ce qui précède qu'on pourrait prouver le contraire. La maxime *nemo auditur...* deviendrait inapplicable, d'abord parce que les enfants, dans l'intérêt desquels surtout a été édicté l'article 965, étant censés les principaux demandeurs, n'ont et ne peuvent avoir participé à une fraude commise avant qu'ils fussent nés ; ensuite parce que le père serait censé avoir voulu éluder la disposition de l'article 965 et faire tacitement une renonciation formellement prohibée. Dès lors il s'agirait d'une fraude non-seulement à une loi prohibitive, mais encore préjudiciable à des tiers ; dès lors aussi la preuve testimoniale, et, par voie de conséquence, celle par présomptions, pourrait être invoquée par le complice, dans le premier cas ; dans l'intérêt des enfants, dans le second.

Ainsi, en cas de résistance à la révocation de la part du donataire, le véritable caractère de l'acte pourrait être établi par témoins ou par présomptions. Prouvé qu'il fût qu'il ne constitue qu'une libéralité, elle se trouverait révoquée, alors même, dit l'article 962 du Code civil, que le donataire serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance d'enfants. La révocation s'opère de plein droit. Elle est absolue en ce sens que l'intégralité des biens donnés fait retour au donateur ou à ses enfants, sans que le donataire soit autorisé à retenir la quotité disponible, lorsque la révocation est poursuivie par ceux-ci après la mort de leur père, la réduction à concurrence de cette quotité ne pouvant se réaliser que dans le cas de donations faites après la naissance des enfants.

1268. — L'action en révocation pour survenance d'enfants dure trente ans qui ne commencent à courir, aux termes de l'article 966, que du jour de la naissance du dernier enfant, même posthume, du donateur. Le donataire, ses héritiers ou ayants cause ne pourront donc se maintenir en possession des objets donnés que s'ils prouvent en avoir joui plus de trente ans, à partir de cette époque. Remarquons que cette prescription est soumise par l'article 966 à toutes les interruptions telles que de droit. Ainsi les causes qui empêchent ou interrompent légalement le cours de la prescription en matière ordinaire produiront dans notre hypothèse tout

[1] Ricard, *des Donat.*, nos 575 et suiv.; Pothier, sect. III, art. 2, § 1.

leur effet. Il ne suffira donc pas d'une possession de fait plus que trentenaire, il faudra de plus, qu'au regard de la partie intéressée, cette possession ait pu faire acquérir la prescription.

Cette exception est la seule opposable à la demande en révocation. Toute reconnaissance, toute ratification faite par le donateur après la survenance d'enfants n'aurait aucun effet. Ce qui n'existe pas ne peut être ni reconnu, ni ratifié; or la donation se trouve de plein droit révoquée par la survenance d'enfants, elle tombe d'une manière tellement absolue, que la mort postérieure des enfants, dont la naissance l'a fait révoquer, est impuissante à la faire revivre. Toute donation nouvelle, qui serait consentie après la naissance des enfants, ne serait valable que jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

1269. — L'article 966 met, quant à l'obligation de restituer les biens, sur une même ligne le donataire, ses héritiers ou ayants cause et tous autres détenteurs. Il résulte de ces termes que les tiers acquéreurs ne pourraient se prévaloir de la prescription décennale établie en leur faveur par l'article 2265 du Code civil.

Ce résultat n'a rien de trop rigoureux, lorsque la libéralité ayant été consentie sous la forme d'une donation, le tiers n'a pu ignorer qu'il traitait avec un donataire. Il a dès lors pu apprécier les dangers que courait le titre de son cédant, dangers qu'il a assumés sur sa tête, en consentant à traiter avec lui.

Mais il n'en est pas ainsi lorsque la donation se déguisant sous la forme d'un contrat à titre onéreux, l'acquéreur a pu croire à l'irrévocabilité du titre de son vendeur. Il semble en effet qu'on ne peut exiger de lui qu'il crût à une simulation que rien ne devait et ne pouvait lui indiquer. Sa bonne foi ne saurait donc être suspectée, et n'est-ce pas se montrer injuste envers lui que de le dépouiller de ce qu'il a légitimement acquis?

Cette objection est grave et sérieuse, on ne s'en est pas dissimulé la portée. Mais les droits des enfants ont prévalu et devaient en effet prévaloir. On comprend le danger que courraient ces droits, si les tiers acquéreurs pouvaient échapper à l'obligation de rendre par la simple prescription décennale. Le donataire, qui, par la simulation de l'acte, s'est mis à couvert de la révocation pour cause d'ingratitude, n'aurait rien de plus pressé que d'aliéner les objets donnés pour se soustraire au danger dont le menace celle pour survenance d'enfants. De telle sorte que celle-ci se réalisant, le donateur et ses enfants se trouveraient en présence d'une insolvabilité réelle ou feinte, et dans l'impossibilité de reconquérir cette fortune que la loi entend leur assurer.

Les inconvénients que présenterait un tel état de choses, l'atteinte que l'intérêt général pourrait subir de cette fatale spoliation d'une famille innocente de la faiblesse ou de l'imprévoyance de son auteur, a paru exiger une dérogation à l'intérêt particulier des tiers acquéreurs. La loi, voulant la fin, devait vouloir les moyens; s'arrêter devant la bonne foi des tiers acquéreurs, c'était précisément, comme nous le disons, en aliéner le plus décisif.

La loi a donc appliqué à l'hypothèse qui nous occupe une règle sévère, mais nécessaire pour l'efficacité des mesures qu'elle sanctionnait. Ainsi, de quelque manière qu'elle se soit réalisée, la donation se trouvant révoquée, tous les biens qui en faisaient l'objet reviennent francs et libres entre les mains du donateur ou de ses héritiers; les tiers acquéreurs eux-mêmes sont soumis à restituer, à moins qu'ils ne puissent opposer la prescription de trente ans.

Il suit de là que ces tiers ont un intérêt évident dans l'instance en révocation. Ils devront donc, s'ils sont connus, y être appelés pour surveiller leurs droits et s'opposer à toute collusion entre les prétendus donateur et donataire. Ils peuvent, s'ils n'ont pas été appelés, intervenir; ils ont, dans tous les cas, le droit de former tierce opposition au jugement de révocation, lorsque, actionnés en délaissement, on prétendra le leur opposer.

1270. — La vente peut être déguisée sous la forme de l'échange, et cette simulation n'a rien que de très-licite, lorsque, d'ailleurs, l'acte en résultant offre tous les éléments de validité exigés par la loi.

Mais cette simulation peut n'être qu'une fraude. Nous avons vu que soit la vente, soit l'échange peut, sous des apparences légales, pallier l'usure. Nous avons aussi établi les conséquences en résultant en faveur et contre les parties.

Nous n'avons ici à nous occuper que de la simulation licite, et à rechercher le mode par lequel on pourra l'établir, et les effets dont elle est susceptible.

En thèse, la question de savoir si un échange dissimule une vente est assez indifférente. Valable dans l'un et l'autre cas, l'acte n'en doit pas moins produire tous ses effets.

1271. — Mais il est une hypothèse dans laquelle cette question acquiert une haute importance, à savoir : lorsque le contrat est querellé

pour cause de lésion. On sait, en effet, qu'une lésion de plus des sept douzièmes fait rescinder la vente, tandis que l'échange ne comporte pas même l'action en lésion. Il est dès lors certain que, la lésion existant, le caractère réel de l'acte est décisif, puisqu'il sera rescindé ou maintenu, selon qu'il sera déclaré vente ou échange.

La justice se trouvera donc nécessairement en présence d'allégations contradictoires des parties. Chacune d'elles soutiendra celle qui servira le mieux son intérêt. Que fera la justice?

Son rôle serait facile si le demandeur en rescision pour lésion rapportait la preuve littérale de la réalité de la vente dont elle excipe, ou si du moins il invoquait un commencement de preuve par écrit. Mais, en l'absence de l'un et de l'autre, on maintiendra l'acte tel qu'il se présente, sans vouloir recourir à la preuve orale, ni s'arrêter aux présomptions plus ou moins graves dont le demandeur excipera.

En effet, par respect pour la liberté des conventions, la loi accepte et doit accepter la forme dans laquelle il a plu aux parties de les constater. Il suffit que le contrat apparent soit revêtu des formalités exigées pour sa validité, pour que son exécution soit ordonnée. Il est présumé sincère par cela seul qu'il est l'œuvre commune des parties.

Il est vrai que la vérité doit être substituée à la fiction. Mais encore faut-il que cette vérité apparaisse d'une manière régulière, et cette régularité ne peut résulter que d'une preuve écrite. Vouloir établir qu'il s'est agi d'autre chose que de ce qui ressort de l'acte même, c'est vouloir prouver outre et hors le contenu en celui-ci, c'est demander à établir ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis, choses pour lesquelles l'article 1341 proscrit formellement la preuve par témoins. On violerait donc la disposition de cet article, si on admettait cette preuve, car la partie qui l'invoque a pu se procurer la preuve écrite; elle est, dès lors, hors des cas d'exception prévus, et elle ne peut non plus exciper d'une prétendue fraude, puisqu'elle s'en est volontairement constituée le coauteur. Le système contraire favoriserait les prétentions les plus déloyales, et déterminerait une foule de procès injustes, inconvénients qui, nous l'avons vu, ont fait introduire dans notre législation le principe consacré depuis par l'article 1341.

C'est donc à celui qui, tout en consentant une simulation, a cependant intérêt à conserver à l'acte son véritable caractère, à se procurer, à côté du titre apparent, une reconnaissance formelle de ses véritables intentions et de celles de l'autre partie. Cela lui est facile, car il est partie au contrat, qu'il peut ne consentir qu'à cette condition. S'il néglige de le faire, l'absence de la preuve écrite est son fait personnel, et il ne saurait se faire un titre de sa propre négligence. C'est ce que la cour de cassation n'a pas cessé d'admettre, c'est ce qu'elle a consacré le 4 janvier 1817, en termes formels : « Attendu que les parties contractantes, ayant respectivement voulu et consenti la simulation, sont non recevables à la prouver par témoins, et doivent s'imputer de ne pas s'en être assuré la preuve écrite, comme il était en leur pouvoir de le faire. »

Ainsi la vente déguisée sous la forme d'un échange est régie par le principe de celui-ci. Elle est donc irrévocable, quelle que soit la lésion soufferte. Mais la preuve de la simulation, restituant au contrat son véritable caractère, le range sous l'empire des règles particulières à la vente, et le rend conséquemment rescindable pour lésion de plus des sept douzièmes. Cette preuve doit être écrite et résultera d'une contre-déclaration expresse.

1272. — A défaut de cette contre-déclaration, la preuve testimoniale et celle par présomptions ne seraient recevables que s'il existait un commencement de preuve par écrit. L'appréciation des présomptions, si elles étaient déclarées recevables, pourrait obéir aux règles que nous avons déjà retracées [1].

1273. — La simulation ne s'exerce pas toujours sur le caractère de l'acte. Elle peut porter sur la date, sur certaines conditions stipulées au contrat, sur la personne des contractants, sur le prix, lorsqu'il s'agit d'une vente, sur la libération elle-même.

La sincérité de la date ne saurait être douteuse dans l'acte authentique. Le concours de l'officier public préposé par la loi donne, à celle indiquée, une certitude telle que le contraire ne pourrait être établi que par une inscription de faux. Il n'en pourrait être de même pour l'acte sous seing privé. La facilité que les parties ont de choisir celle qui favorise le mieux leur dessein, devait, pour toute autre que pour elles, en faire suspecter la foi. En ce qui les concerne, l'article 1322 assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique lui-même. Il fait conséquemment foi de sa date.

Il résulte de cette disposition que la partie qui la prétend simulée ne peut être admise à le prouver autrement que par écrit. Toute preuve testimoniale est repoussée et par l'article 1341 et

[1] Voy. *suprà*, t. Ier, nos 992, 993.

par l'article 1322 lui-même. Mais l'admissibilité de la preuve littérale rendant applicable l'article 1347, le commencement de preuve suppléerait à celle-ci et rendrait la preuve testimoniale recevable.

1274. — La foi due à l'acte sous seing privé, par les parties contractantes, est subordonnée par la loi à la condition que l'acte sera reconnu par celui auquel on l'oppose, ou judiciairement tenu pour tel. Il est évident que la dénégation de l'écriture est une exception des plus péremptoires, elle tend à rendre l'acte étranger et conséquemment sans effet possible contre celui qui se défend de l'avoir souscrit.

1275. — La reconnaissance de l'acte est formelle ou tacite.

Elle est expresse, lorsque, sur la sommation de reconnaître ou de dénier, la partie déclare avouer la pièce et reconnaître son écriture. Cette déclaration fixe le sort de l'acte et le rend ultérieurement inattaquable sous ce rapport.

Elle est tacite, lorsque la partie, pouvant méconnaître la pièce, non-seulement ne la conteste pas, mais agit de manière à indiquer qu'elle ne veut ou ne peut la contester. C'est ce qui se réaliserait soit lorsque le débiteur ne répond rien à la signification du titre et à la sommation de le méconnaître, soit lorsque, appelé en justice, il soutient au fond que la demande n'est pas fondée, ou oppose un payement ou une compensation.

1276. — Il faut en outre, pour que l'acte fasse pleine foi de sa date, que celui à qui on l'aurait fait souscrire n'ait pas acquis depuis peu, ou n'ait pas perdu, dans l'intervalle, la capacité de contracter. Une incapacité, survenue entre le moment de la date prétendue de l'acte et celle de la demande, pourrait faire supposer l'antidate; et, comme il s'agirait alors d'une fraude à une loi d'ordre public, on pourrait prouver l'antidate par la preuve testimoniale.

1277. — Ainsi, et par application de cette règle, le mineur, devenu majeur, peut soutenir que l'obligation dont on lui demande payement remonte à une époque où il était encore dans les liens de la minorité. Ainsi encore le majeur pourvu, depuis la date de l'acte, d'un conseil judiciaire, est recevable à prouver que cette date, réellement postérieure à son interdiction, a été reportée après coup à une époque antérieure, à l'effet d'en éluder les effets. Dans l'un comme dans l'autre cas, la question n'est plus de savoir si, en fait, la date apparente est ou non postérieure à la majorité ou antérieure à l'interdiction, mais si réellement l'acte a été ou non fait à la date indiquée, c'est-à-dire alors que le souscripteur jouissait déjà, ou encore, de la capacité de contracter [1].

Dans ces hypothèses, la présomption de l'article 1322 reçoit exception, et le débiteur ne pourrait être condamné par cela seul que la date apparente se réfère à un temps de capacité. Il ne le sera que si la capacité existait réellement. L'acte ayant été véritablement souscrit au temps indiqué [2], la condamnation n'est donc plus la conséquence de la foi due à l'acte, mais uniquement celle du défaut de preuve de l'absence de sincérité alléguée.

Ainsi l'incapacité pouvant résulter soit de la minorité, soit de l'interdiction, arguée par la partie, amène une exception à la règle de l'article 1322. L'acte ne fait plus pleine foi, et sa date n'est admise que jusqu'à preuve contraire. Cette preuve est elle-même admissible par toutes les voies : par témoins et même par présomptions.

1278. — Il en serait de même pour la femme mariée poursuivant la nullité de son obligation pour défaut d'autorisation maritale. Il importerait peu que, par la date apparente, cette obligation remontât à une époque antérieure au mariage, l'antidate alléguée par la femme rendrait la preuve testimoniale admissible, s'agissant d'une fraude à une loi d'ordre public. Le titre ne pourrait donc être validé que faute par la femme d'avoir légalement justifié ses prétentions.

Dans tous ces cas, le but de la loi est facile à saisir. Laisser toute sa force à la présomption de l'article 1322, c'était retirer, d'une main, au mineur, à l'interdit, à la femme mariée, cette protection qu'elle paraissait leur accorder de l'autre; c'était leur permettre de se ruiner infailliblement. Il est facile, en effet, de prévoir que l'avidité de ceux qui ont le courage de les exploiter recommanderait à leur attention le choix de la date, qu'ils feraient toujours de manière à s'assurer le succès de leurs ténébreuses et déloyales machinations.

1279. — Qu'en est-il de l'incapacité résultant d'une condamnation au criminel? Que le condamné à une peine afflictive et infamante soit, pendant la durée de sa peine, incapable de contracter, c'est ce qui ne peut faire évidemment l'objet d'un doute. L'article 29 du Code

[1] Cass., 4 fév. 1833; D. P., 33, 1, 33.

[2] Cass., 17 mai 1831; D. P., 33, 1, 32.

pénal le déclare en état d'interdiction légale et veut que ses biens soient gérés et administrés par un curateur nommé dans les formes prescrites pour la nomination d'un tuteur aux interdits. Or, aux termes de l'article 1124 du Code civil, les incapables de contracter sont : les mineurs, les interdits, les femmes mariées dans les cas déterminés, et généralement tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats.

N'est-ce pas être interdit que d'être placé dans un état d'interdiction légale? Et si on m'objecte qu'au lieu d'un tuteur que reçoit le premier, le condamné n'a qu'un curateur, je répondrais que la loi a voulu distinguer le malheur du crime; que la protection qu'elle assure à celui à qui une maladie funeste enlève toute capacité, provient d'un sentiment de bienveillante pitié, tandis que la privation de cette capacité est une peine que la morale, que l'honnêteté publique exigeait. Pouvait-il se faire, en effet, que l'être dégradé et infect, que le bagne recèle, pût encore demeurer, pendant le cours de sa peine, à l'instar des autres citoyens et traiter avec eux d'égal à égal. Mais, quelque inégalité qu'on relève dans le mode d'interdiction et dans ses conséquences, quant à la personne, l'incapacité est la même. Ajoutons que, dans l'interdiction ordinaire, la loi exige un tuteur, parce qu'elle lui confie la personne et les biens de l'interdit; dans celle résultant d'une condamnation criminelle, un curateur suffit, parce qu'il ne s'agit et ne peut plus s'agir que des biens, la personne demeurant sous le coup de la justice.

Si on ne veut pas considérer le condamné comme un interdit, du moins faudra-t-il le placer dans la catégorie de ceux auxquels la loi a interdit certains actes. La défense de gérer et d'administrer leurs biens n'est-elle pas la prohibition de tous les contrats ayant ce double caractère ?

Nous croyons donc que, sous l'un comme sous l'autre rapport, le condamné à une peine afflictive et infamante est réellement incapable de contracter. Cette opinion est celle que professent de savants et profonds criminalistes [1]. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie voient dans cette interdiction la conséquence presque nécessaire de la peine. Il ne faut pas, disent-ils, qu'un condamné puisse disposer de ses revenus et de ses biens, quand il subit un châtiment sévère; il ne faut pas qu'il ait le moyen d'acheter à prix d'or une évasion, ou que, par des profusions scandaleuses, il fasse, d'un séjour d'humiliation et de deuil, un théâtre de joie et de scandale [2].

L'incapacité absolue de gérer et d'administrer ainsi admise, il s'ensuit que, comme pour les autres incapables, l'acte ne sera valable que s'il a été réellement souscrit avant l'incapacité [3]. L'arrêt que nous annotons, rendu sur les conclusions conformes de Troplong, alors avocat général, semble même exiger que l'acte ait acquis date certaine pour qu'on puisse l'exécuter. Mais, aller jusque-là, ce serait placer le condamné dans une position plus avantageuse que le mineur, que l'interdit ou la femme mariée. Nous ne croyons donc pas cette exigence admissible.

Pour le condamné, comme pour tous les autres incapables, la loi n'admet qu'une seule chose, à savoir : la faculté de prouver que la date apparente est fausse, et que l'acte a été consenti dans un moment d'incapacité. A défaut de cette preuve, cette date est acceptée comme vraie, et l'acte, tenu pour sincère, doit être exécuté [4]. Dans le doute même, il faudrait arriver à ce résultat : *In dubio standum est instrumento.*

1280. — L'article 1322 déclare que l'acte fait foi non-seulement contre la partie, mais encore contre ses héritiers et ayants cause; faut-il appliquer ce dernier terme aux successeurs à titre universel seulement, ou bien l'étendre aux successeurs à titre particulier?

1281. — C'est dans ce dernier sens que Toullier interprète l'article 1322. Ainsi, dit-il, les donataires, les acquéreurs sont les ayants cause du donateur ou du vendeur, pour ce qui concerne la chose donnée ou vendue. Dès lors, l'acquéreur par acte authentique peut être évincé par une vente sous seing privé antérieure, faisant foi contre son vendeur et, par conséquent, contre lui [5].

1282. — Chardon proteste contre cette doctrine, il lui reproche d'entraîner à des conséquences iniques. Ainsi, dit-il, celui qui a donné ou vendu par acte authentique pourra, à son gré, révoquer la donation et annuler la vente. Il lui suffira de simuler une aliénation sous seing privé et de lui donner une date antérieure à l'acte public [6].

[1] Carnot, art. 29, n° 5.

[2] *Théorie du Code pénal*, t. Ier, p. 166; voy. cass., 25 janvier 1825; Sirey, 25, 1, 545.

[3] Nancy, 5 juin 1828, D. P., 29, 2, 114.

[4] Colmar, 30 juillet 1831; D. P., 32, 2, 135.

[5] T. VIII, nos 245 et suiv.

[6] T. II, nos 8 et suiv.

1283. — Ce résultat, fût-il inévitable, ne pourrait, en aucune manière, détruire l'évidence. Or, l'évidence, dans l'hypothèse qui nous occupe, est que celui à qui une chose a été transmise par legs, donation, vente ou échange, etc...., est, quant à cette chose, l'ayant cause du précédent propriétaire.

Cette doctrine amène-t-elle fatalement aux conséquences qui alarment tant Chardon ? Non, évidemment, et cela, par cette raison bien simple, que la transmission régulièrement opérée, le nouveau possesseur n'est plus un ayant cause, et que celui de qui il tient la chose n'a pu, de ce moment, rien faire qui puisse l'engager valablement. Ainsi, ayants cause pour le passé, le donataire, l'acquéreur ou l'échangiste ne peuvent voir leur propriété se modifier ou s'effacer que par un fait qui leur soit personnel.

Or, ce que le précédent propriétaire ne peut faire directement, il lui est prohibé de le faire par une voie indirecte. L'acte sous seing privé qui paraîtrait postérieurement à la transmission publique et qui porterait une date antérieure ne pourrait donc être opposé sans que le donataire, l'acquéreur ou l'échangiste n'eût la faculté de le quereller comme fait en fraude de ses droits.

Nous admettons donc la doctrine de Toullier avec cette juste restriction : que le donataire, l'acquéreur ou l'échangiste est l'ayant cause de son auteur, mais à la façon des créanciers, et pouvant, comme ceux-ci, exercer un droit propre et personnel dans l'hypothèse prévue par l'article 1167.

Dira-t-on que l'obligation de prouver la fraude et la collusion leur sera onéreuse, difficile à remplir dans certains cas ? Mais, comme nous l'avons fait observer ailleurs [1], la possession au moment de la donation ou de la vente dont ils se prévalent jouera un rôle souvent décisif et fournira de puissants enseignements ; nous répondrons ensuite que si les porteurs d'un acte authentique ont droit à être protégés, ce droit ne peut aller jusqu'à destituer de toute protection celui qui s'est contenté de ce dont la loi lui permettait de se contenter, à savoir : d'un titre sous seing privé. Pourquoi ne voir jamais la fraude que dans celui-ci ? Est-ce que l'acte authentique ne peut pas, dans un cas donné, n'être lui-même qu'une fraude de nature à enlever des droits sérieux, légitimement acquis ? C'est ce qui ne manquera pas, d'ailleurs, d'être allégué. Que pouvait donc faire la loi dans la perplexité où la plaçait cette double éventualité ? Uniquement ceci : permettre la recherche de la vérité par toutes les voies possibles, autoriser la partie, réduite à alléguer la fraude, à la prouver par témoins et par présomptions, et s'en rapporter, pour l'appréciation des uns et des autres, à la prudence et à la sagesse du juge.

1284. — Une autre exception à la règle tracée par l'article 1322 et sur l'inadmissibilité de la partie à prouver par témoins la simulation dont elle excipe, se réalise lorsque, par sa nature et par ses conséquences, la simulation constituerait la violation d'une loi prohibitive. Ainsi, la lettre de change n'est parfaite que par la réalisation du contrat de change, c'est-à-dire qu'elle a pour but de faire retirer dans une place la somme reçue dans une autre. Cette condition étant indispensable pour que le souscripteur puisse être contraint par corps, il arrive que ceux qui ne traitent qu'en vue d'acquérir cette puissante garantie, ont soin d'exiger une lettre qu'ils rendent parfaite en simulant la remise de place en place.

Cette simulation, la loi ne saurait la tolérer. Aussi, et malgré la complicité qu'en a assumée le souscripteur, il est non-seulement admis à s'en plaindre, mais encore recevable à la prouver par témoins et par présomptions. Des arrêts l'ont même fait résulter de ce que le tireur n'est pas négociant et de ce qu'il a son domicile ailleurs qu'au lieu d'où la lettre a été tirée [2].

Le tireur pouvant prouver, par témoins et par présomptions, le défaut de remise de place en place, est également recevable à établir, par les mêmes modes, toutes les autres suppositions dont la lettre de change est susceptible. C'est ce qui a été maintes fois décidé pour la supposition soit de nom, soit de domicile, soit de qualité, soit de cause, malgré que l'article 112 du Code de commerce se taise sur celle-ci [3].

1285. — Cette exception à la règle de la foi due à l'acte et de l'inadmissibilité de la preuve orale contre le titre écrit en faveur de la partie tient à un double motif :

1° En matière commerciale, la preuve orale est de droit commun. Ce motif, qui pourrait paraître péremptoire, ne rend pas suffisamment raison de l'exception admise. En effet, on peut reconnaître qu'on puisse, devant la juridiction commerciale, prouver par témoins l'existence d'une opération contestée, d'une obligation, d'un paye-

[1] *Vide suprà*, t. Ier, no 967.
[2] Bruxelles, 28 juin 1810.
[3] Cass., 25 juillet 1815, 22 juin 1825, 20 juin 1810; Limoges, 10 mars 1808; Bruxelles, 3 juillet 1812.

ment, sans qu'il doive en résulter, comme conséquence forcée, la faculté de prouver contre le titre et d'exciper d'une simulation à laquelle on a soi-même participé. Ce qui rend, en matière commerciale, la preuve testimoniale admissible, c'est que la rapidité, indispensable dans les opérations, ne rend pas toujours possible une preuve littérale. Mais lorsque celle-ci existe, lorsqu'une obligation a été écrite et signée, le souscripteur ne saurait raisonnablement prétendre n'avoir pas eu le moyen de constater la simulation dont il se plaint. On pourrait donc, lui opposant son propre fait, le soutenir légalement non recevable à prouver contre ce qu'il a écrit et signé lui-même. La règle *nemo auditur*, etc..., n'est pas exclue de la matière commerciale;

2° La lettre de change entraîne la contrainte par corps, et personne ne peut se soumettre à cette voie rigoureuse, hors des cas où elle est formellement autorisée par la loi. Toute convention contraire, quelque expresse qu'elle fût, resterait sans force et sans effets possibles.

Or, signer une lettre de change, c'est accepter la contrainte; la signer lorsqu'il n'y a pas remise de place en place, c'est consacrer une simulation dans l'objet d'éluder cette prohibition, que le législateur considère comme d'ordre public. Dans ce cas, la recevabilité de la preuve testimoniale en faveur de la partie elle-même n'est plus que la conséquence de cette règle : Qu'en matière de fraude à une loi d'intérêt général, tout ce qui a été fait l'a été illégalement; et qu'une nullité absolue peut toujours être invoquée, quelle que soit la part qu'on ait prise à l'acte qui en est atteint, n'étant donné à personne de méconnaître et de violer une prescription d'ordre public.

Ce caractère appartient essentiellement à tout ce qui se rapporte à la contrainte par corps. Conséquemment, celui qui s'y est volontairement soumis, hors des cas prévus, peut toujours se faire relever d'un engagement qui, ne pouvant être expressément stipulé, ne saurait être validé, par cela seul qu'il aurait été pris par une voie détournée.

Ainsi, et alors même que le premier motif devrait être écarté, le second rend suffisamment raison d'une solution n'ayant jamais souffert aucune difficulté ni en doctrine, ni en jurisprudence.

1286. — En résumé donc, la simulation dans les caractères de l'acte ou sur ses conditions lie irrévocablement les parties. Le titre, tel qu'il résulte de leur volonté simultanée, est valable et fait entre elles la loi irrévocable qu'on ne peut détruire que par une preuve écrite.

Mais ce principe reçoit exception lorsque, soit sous le rapport de la capacité des parties, soit sous celui des conséquences de l'acte même, la simulation dégénère en une fraude contre une règle d'ordre public ou d'intérêt général. Dans ce cas, la partie elle-même peut poursuivre la nullité de son engagement et établir ses prétentions par la preuve testimoniale, par les présomptions mêmes.

CHAPITRE II.

FRAUDE CONCERTÉE CONTRE LA LOI.

SOMMAIRE.

1287. — Effets de la fraude contre la loi.
1288. — Nature de la seule difficulté qu'elle fait surgir.
1289. — Objections soulevées contre l'admission de la preuve orale entre parties.
1290. — Distinction qu'on doit suivre en cette matière.
1291. — Fondée sur la différence des motifs de la prohibition.
1292. — La prohibition, dans un intérêt privé, est une faveur à laquelle la partie peut renoncer.
1293. — Il n'en est pas de même de celle fondée sur l'intérêt général.
1294. — Conséquences.
1295. — Importance de cette distinction pour l'assimilation que l'article 1131 fait du défaut de cause ou de la cause fausse avec la cause illicite ou immorale. — Conséquences.
1296. — La contre-lettre établissant la preuve de la fraude à la loi, celle notamment qui dissimule le prix réel d'une vente, est-elle nulle entre les parties?
1297. — Opinion de de Plasman pour l'affirmative.
1298. — Réfutation.
1299. — État de la jurisprudence.
1300. — Conclusion.
1301. — Contre-lettres en matière de cession d'office.
1302. — Solutions consacrées par la jurisprudence.
1303. — Critique d'un arrêt de la cour de cassation, intervenu entre un père et son fils, par Dalloz. — Réfutation.
1304. — La répétition de ce qui a été payé en vertu d'une contre-lettre était une conséquence inévitable de la jurisprudence.
1305. — Caractère juridique de cette répétition.
1306. — Réponse à une objection tirée du silence de la loi de 1816.
1307. — Une autre conséquence de la nullité de la contre-lettre est que le traité secret ne peut être ratifié ni expressément ni tacitement.
1308. — L'action en nullité et celle en restitution peuvent être exercées par la caution.
1309. — Le cessionnaire de l'office pouvant opposer la nullité au cédant, peut-il s'en prévaloir contre les tiers ayant payé à sa décharge, et se dispenser de les rembourser?
1310. — Admissibilité de la preuve testimoniale pour établir l'existence du traité secret.
1311. — Par quel délai se prescrivent l'action en nullité et celle en répétition?
1312. — Origine et effet de l'inaliénabilité de la dot.
1313. — Caractère de la prohibition.
1314. — Nature de la nullité résultant de sa violation.

1315. — Conséquences, par rapport aux tiers acquéreurs du fonds dotal.
1316. — Leurs droits, suivant qu'ils ont connu ou ignoré le caractère de dotalité.
1317. — Arrêt de la cour de cassation qui leur refuse le droit de poursuivre la nullité, même dans le cas d'ignorance. — Dissentiment.
1318. — *Quid* si la vente est le résultat de manœuvres frauduleuses de la part des époux ? Le silence sur le caractère de la dotalité constitue-t-il une manœuvre frauduleuse ?
1319. — L'article 1560 confère le droit de faire annuler la vente du bien dotal, au mari, à la femme et à ses héritiers.
1320. — Pendant le mariage, et avant toute séparation, la poursuite appartient au mari seul.
1321. — Le mari, héritier de sa femme, pourra-t-il, en cette qualité, poursuivre la nullité de la vente du fonds dotal qu'il a consentie pendant le mariage ?
1322. — Distinction faite par Bellot, critique qu'en fait Dalloz.
1323. — Réfutation.
1324. — La bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur est donc une circonstance décisive pour la solution de notre question.
1325. — Le mari, dans le silence de l'acte, pourra-t-il prouver que l'acquéreur a connu la dotalité ?
1326. — Obligation pour le mari de restituer le prix, même lorsqu'il n'est pas tenu d'indemniser l'acquéreur.
1327. — Étendue de cette obligation pour la femme ayant vendu seule.
1328. — Exception que le mari peut invoquer contre la restitution du prix.
1329. — Fondement de l'action en revendication conférée à la femme.
1330. — Époque à laquelle elle est recevable à l'intenter.
1331. — Le droit de la femme passe à ses héritiers.
1332. — L'acquéreur évincé n'a, dans aucun cas, le droit de rétention jusqu'après payement.
1333. — La vente du fonds dotal peut-elle devenir la matière d'un cautionnement valable ?
1334. — Opinion de Merlin. — Appel erroné qu'il fait à celle de Serres et de Duperier.
1335. — Caractère juridique de l'affirmative.
1336. — Réfutation des considérations invoquées par Merlin.
1337. — Discussion au conseil d'État.
1338. — Jurisprudence.
1339. — La femme peut-elle cautionner elle-même la vente du fonds dotal ?
1340. — Arrêt notable de la cour d'Aix.
1341. — Les époux vendant, comme bien libre, le fonds dotal, peuvent-ils être considérés comme stellionataires ?
1342. — Les créanciers du mari ou de la femme peuvent-ils poursuivre l'action en révocation appartenant à l'un ou à l'autre ?
1343. — *Quid* des créanciers des héritiers de la femme ?
1344. — Exceptions que le droit de ceux-ci comporte.
1345. — Autre exception tirée de la ratification.
1346. — Caractères que doit offrir la ratification tacite.
1347. — Indépendamment de la ratification émanée de la femme elle-même, ses héritiers pourront être repoussés par la ratification qui leur serait personnelle.
1348. — Autre exception tirée de la prescription. — Son point de départ.
1349. — Par quel délai est-elle acquise ?
1350. — La fraude ayant pour objet une atteinte à la liberté individuelle, ou la dissimulation d'une incapacité, est une fraude contre une loi d'ordre public.
1351. — Difficultés que pourra soulever le titre simulé. — Mode d'appréciation.
1352. — L'inexécution d'une promesse de mariage donne-t-elle lieu à des dommages-intérêts ?
1353. — L'illégalité de cette promesse entraîne la nullité du dédit stipulé.
1354. — *Quid* du dédit dissimulé sous l'apparence d'une obligation pure et simple.
1355. — Admissibilité de la preuve testimoniale.
1356. — Jurisprudence.
1357. — Caractère de la renonciation à une succession future, dans le droit romain et sous l'ancien droit français.
1358. — Sous l'empire du Code, la prohibition est d'ordre public.
1359. — Conséquences, quant à la nullité de la renonciation directe ou indirecte.
1360. — La simulation sera plus ou moins facilement appréciable, suivant qu'il s'agira d'un traité de cohéritier à cohéritier ou d'un traité entre une personne et un tiers, son héritier présomptif ou non.
1361. — Toutefois la véritable intention des parties peut résulter de la nature même de la chose faisant la matière du traité.
1362. — Caractères de la vente du mobilier qu'on délaissera à son décès.
1363. — La nullité dont un pareil traité est vicié est indivisible, elle s'appliquerait donc même aux immeubles pour lesquels il y aurait eu désinvestissement actuel.
1364. — Ce qui est applicable à l'universalité d'une succession s'appliquerait soit à une quotité, soit à un corps certain et déterminé.
1365. — Le pacte sur succession future peut être ratifié après l'ouverture de la succession.
1366. — Conséquences par rapport à la prescription.
1367. — Arrêt d'Aix, exigeant la prescription trentenaire. — Réfutation.
1368. — Opinion de Zachariæ, de Toullier et de Rolland de Villargues.
1369. — Position des enfants naturels, sous l'empire du droit romain.
1370. — Dispositions de l'ancien droit, abrogées par les lois intermédiaires.
1371. — Dispositions du Code civil. — Droit des enfants adultérins ou incestueux.
1372. — Prohibition de les reconnaître. — Son origine, ses motifs.
1373. — Défense de rechercher la maternité, lorsque le résultat doit être l'adultère ou l'inceste.
1374. — Utilité, toutefois, de l'article 762.
1375. — La reconnaissance illégalement faite confère-t-elle à l'enfant le droit d'exiger des aliments ? Peut-on en exciper contre lui pour faire réduire les donations qu'il a reçues ?
1376. — Opinion de Merlin pour l'affirmative.
1377. — *Idem* de Toullier.
1378. — L'opinion contraire, soutenue par Chabot, paraît plus conforme à la loi.
1379. — Solutions, dans ce sens, de la cour de cassation.
1380. — Critique qu'en font Teulet et Dauvilliers. — Réfutation.
1381. — Opinion de Chardon.
1382. — Réponse, par Marcadé et les annotateurs de Zachariæ, à deux objections sur lesquelles se fonde la doctrine contraire.

1383. — Conclusion.
1384. — Dans le cas d'une découverte accidentelle de la qualité d'adultérin ou d'incestueux, toutes donations faites par le père sont essentiellement réductibles.
1385. — Droits de l'enfant naturel simple.
1386. — Faculté pour les parents de le reconnaître. — Comment elle peut être exercée.
1387. — La femme mariée peut faire cette reconnaissance sans l'autorisation de son mari.
1388. — Précautions prises par la loi pour les reconnaissances faites pendant le mariage.
1389. — Exception à la règle de l'article 337.
1390. — La reconnaissance régulièrement faite est irrévocable, sauf le cas de dol, de fraude et de violence.
1391. — L'enfant est libre d'en récuser le bénéfice et de la contester.
1392. — Motifs de cette disposition.
1393. — L'enfant contestant doit-il prouver la fausseté de la déclaration ?
1394. — Distinction admise par un arrêt de la cour de Montpellier.
1395. — Caractère juridique de cette distinction.
1396. — Effet de la reconnaissance définitivement acquise.
1397. — Conséquences de l'incapacité de l'enfant naturel de rien recevoir au delà de la réserve de l'article 757.
1398. — Droit des héritiers de faire prononcer la réduction de tous avantages indirects.
1399. — Le père pourra-t-il poursuivre la nullité des actes qu'il aurait simulés pour avantager le fils naturel?
1400. — *Quid* du légataire universel?
1401. — Comment faudrait-il résoudre ces questions, s'il s'agissait des incapables dont parle l'article 909?

1287. — La loi doit recevoir sa pleine, franche et loyale exécution. Ce principe, qui est la première et la plus puissante sauvegarde de toute société, n'est contesté par personne, mais l'intérêt privé, aux prises avec l'intérêt général, le fera souvent méconnaître et violer.

Cette violation ne sera presque jamais explicite et formelle. L'incontestable sort qui lui est réservé amènera fatalement à cette conséquence : que la désobéissance à la loi empruntera les dehors les plus légitimes, l'apparence la plus inoffensive. L'essentiel, en effet, est de paraître se conformer à la loi, tout en la violant.

Mais quel que soit le déguisement auquel on aura recours, quelle qu'en soit la légalité apparente, la fraude, dépouillée des oripeaux qui la couvrent, sera condamnée à la plus rigoureuse impuissance. La preuve de son existence enlèvera à la convention toute force légale, tout lien obligatoire ; elle sera censée n'avoir jamais existé.

1288. — Cet effet incontestable de la fraude à la loi n'a jamais pu être, n'a jamais été contesté par personne ; aussi, l'unique difficulté que cette matière a pu soulever, se rapporte exclusivement au mode d'après lequel la fraude est susceptible d'être constatée.

Cette difficulté même se concentre dans ce qui concerne les parties ; elle n'a jamais pu sérieusement s'élever à l'endroit des tiers. Ceux-ci, en effet, ont toujours le droit d'échapper au préjudice dont ils sont menacés, et ce droit leur confère nécessairement le pouvoir d'établir et de prouver la fraude concertée à leur détriment. Leur refuser, dans une pareille occurrence, le secours de la preuve testimoniale, c'était d'avance condamner leurs efforts à l'impuissance la plus absolue, méconnaître, à leur encontre, les principes d'une justice exacte, violer expressément la loi elle-même. En effet, l'article 1348 confère la faculté de prouver par témoins à celui qui n'a pu se procurer la preuve littérale. Or, qui mieux que les tiers s'est jamais trouvé dans une pareille impuissance ?

1289. — L'unique difficulté à cet égard ne pouvait donc se présenter que relativement aux parties contractantes. Fallait-il les admettre à prouver par témoins contre leur propre fait ? La négative a été soutenue ; on a dit que rien ne les contraignait à souscrire à une violation de la loi pouvant léser leurs intérêts ; qu'elles ont été à même de se procurer la preuve écrite ; qu'il n'y avait rien d'immoral à maintenir le préjudice qu'elles se sont volontairement occasionné par leur désobéissance formelle à la loi ; que ce qui était véritablement immoral, c'était de faciliter l'accès de la justice à celui qui n'avait d'autre titre à invoquer que sa propre turpitude.

1290. — Une pareille doctrine ne nous paraît pas admissible dans le sens absolu et rigoureux qu'on veut lui donner. Parfaitement juridique dans une certaine mesure, elle serait fausse et dangereuse au delà ; elle comporte donc un tempérament équitable, de nature à concilier, dans de justes proportions, les sentiments qu'excite la conduite de la partie avec le respect dû à la loi.

Nous admettons donc la prohibition absolue, contre la partie, de toute preuve testimoniale, dans le cas d'une simulation dans la nature du contrat. Nous nous sommes expliqué, à cet égard, dans la précédente section. Quant à la fraude à la loi, nous distinguons suivant que le but que se sont proposé les parties est prohibé dans un intérêt privé, ou dans un intérêt général ou d'ordre public.

1291. — En effet, toutes les prohibitions, toutes les prescriptions légales n'ont pas été sanctionnées au même titre. Il en est dont l'exécution est réclamée par l'intérêt social, parce que leur violation aurait des conséquences funestes pour toute une classe de citoyens ou pour

tous les citoyens. Le principe qui a dicté les autres n'est que la conséquence de la protection que, dans un intérêt relatif, le législateur a voulu assurer, dans de certaines limites, à tel ou tel droit privé dont il a cru devoir surveiller l'exercice.

1292. — Ces dernières constituent une faveur à laquelle peut renoncer celui que la loi appelle à en jouir. Dès lors, si la fraude est dirigée contre l'une d'elles, la partie n'est pas recevable à la prouver par témoins. Cette fraude n'est qu'une renonciation tacite à un bénéfice qu'on pourrait expressément répudier, et rien ne défend de faire d'une manière indirecte ce qu'on a la faculté de faire directement.

Ainsi, nous avons vu que l'acte onéreux, déguisant une libéralité, était maintenu, malgré qu'il n'offre pas, dans sa confection, les formes prescrites pour la donation. Cependant, pour celle-ci, l'exécution de ces formes est ordonnée à peine de nullité. Mais cette nullité est surtout dans l'intérêt privé du donateur, il a donc pu y renoncer, et c'est ce qu'il a fait en choisissant un autre mode de disposition. A quel titre donc prétendrait-il, tardivement et après coup, revendiquer un bénéfice qu'il a volontairement répudié? Il n'a pas voulu suivre le conseil que la loi lui donnait, il n'a plus qu'à subir les conséquences de ce qu'il a librement et volontairement exécuté : *Invito non datur beneficium.*

1293. — Mais la même indifférence n'est plus possible, lorsque la prohibition éludée est d'ordre public. Son caractère général, non moins que les conséquences de son inexécution, protestent sans cesse contre sa violation. Qu'arriverait-il si on tolérait qu'un débiteur pût éluder la prohibition de se soumettre à la contrainte par corps, hors des cas déterminés ; si les biens arrachés par le médecin ou le confesseur, par des donations sous forme de contrat à titre onéreux, devaient leur appartenir irrévocablement, ou bien encore si, à l'aide d'un déguisement, le père de famille pouvait impunément et sans retour subir les conséquences d'une spoliation qu'il a réalisée dans un moment d'entraînement et de colère? Il y aurait là, sans doute, des intérêts privés fortement compromis, mais l'intérêt général ne serait pas moins froissé, et la plaie qui lui est faite doit autoriser un recours que celle subie par les premiers ne justifierait pas suffisamment.

1294. — Ainsi, la fraude à une loi d'intérêt privé est obligatoire pour celui qui a concouru à sa réalisation. Il ne pourra en être relevé que par la preuve écrite qu'il s'en sera procurée. La fraude contre une loi d'ordre public peut toujours être prouvée par témoins, et cette preuve, la partie elle-même peut l'invoquer.

1295. — C'est à l'aide de cette distinction que doit se résoudre une difficulté résultant des termes de l'article 1131 du code civil. Cet article, a-t-on dit, met sur la même ligne le défaut de cause, la cause fausse et la cause illicite. Dès lors la partie, admise à prouver par témoins l'existence de celle-ci, doit l'être à justifier, par le même mode, celle des deux autres.

C'est là prêter à l'article 1131 une intention qui n'a jamais été dans la pensée du législateur. L'article 1131 ne fait qu'une seule chose, il proclame, quant au résultat, une parfaite identité entre la cause illicite et la fausse cause et l'absence de cause, c'est-à-dire que l'obligation, nulle dans la première hypothèse, l'est également dans les deux autres.

Mais comment établira-t-on qu'il n'y a pas de cause, ou que la cause énoncée n'est pas vraie? La cause n'a pas même besoin d'être exprimée, c'est ce qui résulte de la disposition de l'article 1132. Il faut donc admettre que l'absence de cause dont s'occupe l'article précédent ne s'entend que du cas où le titre, énonçant une cause, n'en a réellement aucune, parce que celle indiquée est fausse et qu'il n'en existe pas d'autre, comme, par exemple, dans la simulation absolue.

Mais, dans cette hypothèse, on se trouvera en présence des articles 1319 et 1322. La foi due à l'acte ne pourra être ébranlée tant que le créancier se retranchera derrière ses expressions. Les allégations du débiteur seront donc évidemment sans objet, à moins qu'appuyées sur une preuve littérale, elles ne justifient soit la fausseté de la cause, soit l'absence de toute cause. Dans l'un et l'autre cas, la preuve testimoniale est inadmissible par l'application de l'article 1341. S'il en était autrement, il faudrait admettre qu'une vente, simulée en fraude des droits des créanciers, pourrait être déclarée telle sur la demande de l'auteur principal de la simulation, qui pourrait la prouver par témoins. Or, le contraire est universellement admis.

Ainsi, en principe, la nullité résultant de la fausse cause ou du défaut de cause est toute dans l'intérêt privé des parties. Cela admis, la simulation de la cause rendant le contrat régulier, fait disparaître le motif de la nullité. L'auteur de cette simulation pouvait en éviter les conséquences soit en ne pas la consentant, soit en se faisant délivrer la preuve écrite de son existence. S'il a manqué à ce devoir, il doit

supporter les conséquences de son imprudence et de sa légèreté. Suffisamment prévenu de ces effets, il ne peut demander à la loi une protection que l'exécution de ses prescriptions lui aurait assurée.

Il n'en est pas de même de la cause illicite. La loi ne peut admettre que ce qui a pour objet d'éluder les préceptes de la morale, l'exigence des bonnes mœurs ou les dispositions d'ordre public puisse jamais produire aucun effet. La volonté contraire des parties ne pouvait, dans aucun de ces cas, prévaloir contre ses prohibitions, sur lesquelles nul n'a pu transiger. Tout ce qui a été fait en sens contraire doit donc s'effacer et disparaître.

Or, comment atteindre ce résultat si les parties elles-mêmes ne peuvent, se prévalant de ce caractère de la fraude, en prouver l'existence même par témoins? Ne suffit-il pas, pour faire admettre le contraire, de considérer que le résultat de cette doctrine conduirait infailliblement à mettre la loi dans l'impuissance de réprimer ce qu'elle condamne d'une manière formelle?

Ainsi, il y a identité dans les résultats, dans la cause illicite, dans la fausse cause et dans le défaut de cause, mais l'allégation de la première rend la preuve testimoniale admissible pour les parties elles-mêmes. L'existence des deux dernières ne peut être établie que par la preuve écrite, sauf les droits des tiers qui n'y ont pas concouru.

1296. — La preuve littérale résulterait, dans tous les cas, de la contre-lettre souscrite par les parties. Mais son existence ayant pour objet de favoriser la violation de la loi, on a prétendu, dans certains cas, l'annuler même à l'endroit des parties entre elles. C'est notamment ce qu'on a prétendu pour les contre-lettres établissant un supplément de prix dans les cas de vente.

C'est, en effet, ce qui résultait de la loi du 22 frimaire an VII, dont l'article 40 déclarait nulle et de nul effet, même à l'égard des parties contractantes, toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix porté dans un contrat de vente. Par application de cette disposition, la cour de cassation décidait, par arrêt du 10 janvier 1809, que la demande en supplément de prix, formée par le vendeur et fondée sur une contre-lettre, devait être repoussée. Ainsi, on arrivait à ce singulier résultat que la responsabilité de la fraude retombait tout entière sur celui qui n'y avait aucun intérêt. En effet, la dissimulation du prix ne pouvait avoir pour résultat que d'éluder le droit d'enregistrement sur la partie non déclarée. Or, ce droit étant à la charge de l'acquéreur, on peut supposer que la dissimulation était son fait plutôt que celui du vendeur, et cependant on faisait perdre à celui-ci une partie du juste prix, tandis que l'acquéreur, qui y avait trouvé d'abord l'avantage de ne payer aucun droit d'enregistrement, y trouvait encore celui de s'exonérer de la dette légitime qu'il s'était imposée, et obtenait ainsi la chose sans en payer le prix.

Ce résultat était inique et parut tel au rédacteur du Code. Aussi a-t-il voulu le proscrire lorsque, s'occupant des contre-lettres, il a édicté l'article 1321. Aux termes de sa disposition, les contre-lettres ne peuvent avoir effet qu'entre les parties contractantes; elles n'en ont aucun contre les tiers, seconde règle non moins juste, non moins équitable que la première.

1297. — Il semble qu'une disposition de ce genre était de nature à empêcher, à l'avenir, toute controverse sur l'applicabilité de la loi de frimaire an VII; il n'en a rien été cependant. L'affirmative a été soutenue contrairement à l'opinion de Delvincourt, Toullier, Duranton et Chardon, notamment par de Plasman, auteur d'un traité spécial sur les contre-lettres [1].

Cet auteur pense donc que les contre-lettres en matière de vente sont encore régies par la loi de l'an VII, que le Code civil n'a pas formellement abrogée. En l'état du silence gardé à cet égard, cette loi spéciale, et toute dans l'intérêt de l'État, n'a pas été atteinte. L'article 1321 ne règle que l'effet des contre-lettres en général, tandis que l'article 40 de la loi ne s'occupe que des contre-lettres *in specie*, de celles qui ont pour objet d'augmenter le prix contenu dans l'acte de vente. Or, dans le concours d'une loi générale, et d'une autre spéciale, celle-ci doit être préférée en vertu de la règle : *Et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.*

Il est donc impossible, continue de Plasman, de soutenir, en principe strict de droit, que l'article 1321 abroge une disposition avec laquelle il n'a pas un rapport direct. Le principe qu'il consacre n'existait pas sous l'ancienne jurisprudence. Alors, les contre-lettres avaient effet, même à l'égard des tiers. Dès lors, le législateur n'a eu pour but, dans la loi nouvelle, que de consacrer le principe que les contre-lettres ne doivent produire effet qu'entre les parties contractantes seulement, sans s'occuper, en aucune

[1] Partie 1re, § 3.

manière, des lois créées dans l'intérêt du fisc, sans vouloir ni les approuver, ni les détruire.

1298. — En fait, comme en droit, ces raisons manquent de justesse et de portée.

En principe, les lois nouvelles détruisent les anciennes, en tout ce qu'elles ont d'inconciliable et de contraire. Ce principe admis, il faut rechercher quel était l'état des choses au moment où le Code civil allait être promulgué. Or, cet état des choses, de Plasman nous l'indique lui-même : c'était, d'une part, la jurisprudence ancienne permettant d'opposer aux tiers l'effet d'une contre-lettre ; de l'autre, la loi de l'an VII déclarant certaines d'elles non-seulement non opposables aux tiers, mais encore sans effets entre les parties. Le Code a donc trouvé les contre-lettres divisées en deux catégories bien tranchées.

Supposez qu'il n'ait pas voulu admettre cette division et qu'entendant les ranger toutes dans une même catégorie, il ait entendu leur faire produire à toutes le même effet, comment aura-t-il procédé? Évidemment pas autrement que de les comprendre toutes, sans exception, dans une disposition unique. Or, c'est précisément ce qu'a fait l'article 1321 ; peut-on dès lors douter de ses intentions et des effets s'y rattachant? De Plasman avouera que sa seconde disposition, celle relative aux tiers, s'applique aux contre-lettres en matière de vente comme à toutes les autres. Pourquoi donc seraient-elles exceptées de la règle tracée par la première disposition? Où s'arrêtera d'ailleurs cette exception purement arbitraire? Après les contre-lettres en matière de vente, viendront celles pour échange, pour donation, etc... Et, d'exception en exception, la règle générale ne régira plus rien.

Que dans le concours d'une loi générale avec une loi spéciale, il faille recourir à celle-ci, nous l'admettons, mais peut-on contester à la première le droit d'abroger la seconde qui lui est antérieure? Or, l'abrogation n'a pas toujours besoin d'être formellement exprimée, elle résulte énergiquement du caractère inconciliable des deux dispositions. Or ce caractère fut-il jamais plus énergique qu'entre le texte du Code et celui de l'an VII.

Il suffirait donc de ce texte pour repousser l'opinion de de Plasman. Que sera-ce donc lorsque, s'en référant à la discussion législative, on arrivera à ce résultat que c'est surtout la loi de l'an VII que l'article 1321 a voulu atteindre ? On va juger si notre proposition est le moins du monde hasardée.

Le premier projet du Code ne disait rien sur les contre-lettres, et ce silence avait été imité par la commission. Ce qui les signala à l'attention du législateur fut une proposition de Duchâtel, demandant qu'on les proscrivît d'une manière absolue. L'usage des contre-lettres, disait-il, tendant à déguiser les conventions, il en résulte des fraudes contre les particuliers, et toujours contre le trésor public.

Regnault de Saint-Jean d'Angély dit qu'un jugement vient d'annuler une contre-lettre ajoutant au prix d'une vente.

Bigot de Préameneu soutient que les contre-lettres ne doivent être annulées que lorsqu'elles sont frauduleuses.

Berlier dit que la proposition de M. Duchâtel lui paraît, dans sa généralité, propre à produire un mal plus grand que celui qu'on a voulu éviter.

« Il a été, ajoute-t-il, au titre *du Mariage*, pourvu au sort des contre-lettres qui pouvaient y être relatives, et c'est en cette matière qu'il importait le plus de parer aux abus, parce que c'est là qu'ils sont les plus fréquents, principalement ceux qui touchent à la substance du pacte.

« Mais, dans une foule d'autres contrats qui ont eu lieu entre les hommes, ne serait-il pas souvent injuste de ne considérer comme valable que l'acte authentique, en rejetant les modifications contenues dans la contre-lettre? Ne serait-ce pas dénaturer les conventions ? Et le législateur le doit-il, lors surtout qu'il peut y avoir des contre-lettres qui n'aient point eu pour objet de déguiser la convention primitive, mais d'en fixer le sens, ou d'en réparer les omissions?

« A la vérité, les contre-lettres ont souvent lieu pour éluder ou pour affaiblir les droits dus au trésor public; mais c'est par des amendes, et non par la peine de nullité, que cette espèce de fraude peut être atteinte et punie; dans aucun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des parties pour augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles se sont imposées. »

Le consul Cambacérès dit qu'il existe déjà une disposition législative contre l'usage des contre-lettres (loi du 7 frimaire an VII), mais elle ne lui semble pas juste, ces actes doivent avoir tout leur effet entre les parties; il suffit, pour en prévenir l'abus, de les soumettre au droit d'enregistrement, lorsqu'ils sont produits.

Tronchet observe qu'il faut en effet distinguer : une contre-lettre doit être valable entre les parties, et nulle contre les tiers. Or la régie

de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte [1]. »

Après quelques observations de Defermon, dans le même sens, la proposition fut renvoyée à la section qui proposa et fit adopter l'article 1321, tel qu'il est inscrit dans le Code.

Eh bien ! nous le demandons, peut-il exister le moindre doute sur la portée de ce texte et sur l'intention du législateur? Est-il possible surtout de prétendre qu'il ait voulu maintenir une législation que le consul Cambacérès flétrissait comme injuste, et dont personne n'osa prendre la défense? Nous pensons donc qu'il est inutile d'insister, et que nous pouvons conclure avec toute certitude. L'article 1321 a voulu surtout abroger la loi de frimaire an VII, et l'a formellement abrogée.

De Plasman trouve mauvais que Toullier ait fait ressortir énergiquement l'immoralité du résultat consacré par une législation que Cambacérès appelait injuste. Il reconnaît cependant qu'il est odieux qu'un acquéreur, se jouant des promesses les plus solennelles, puisse retenir la propriété sans en payer le prix réel et convenu. Mais ce qui est non moins immoral, ajoute-t-il, c'est de voir le vendeur et l'acquéreur s'entendre pour tromper la loi et frauder le trésor public.

C'est donc surtout dans l'intérêt de celui-ci que de Plasman se prononce pour la nullité absolue. Or, qu'on nous permette de le dire, s'il y a un système qui puisse préjudicier aux droits du fisc, c'est incontestablement celui que soutient de Plasman. Quelles seront, en effet, les conséquences de la nullité absolue? Qu'on ne fera plus de contre-lettres. C'est possible ! Mais la fraude, qu'avec raison blâme de Plasman, se perpétuera tant que les acquéreurs auront intérêt à payer le moindre droit d'enregistrement possible; seulement on prendra d'autres mesures pour assurer la fraude, telles, par exemple, que le dépôt ou le payement comptant de la partie du prix qu'on voudra dissimuler; et, de tout cela, il arrivera que le fisc n'entendra jamais parler de ce supplément et ne pourra jamais le soumettre à aucuns droits.

Combien Cambacérès entendait mieux les intérêts du trésor public! Valider la contre-lettre, c'est, en cas de difficulté, en favoriser la production; c'est même forcer cette production en cas de contestation. La connaissance acquise par cette production, le fisc pourra se faire payer avec usure des droits dont on a voulu le frustrer.

Ainsi, indépendamment de ce qu'il est contraire à la loi, le système de de Plasman a le défaut de se placer en opposition directe avec l'intérêt qu'il prétend protéger. Il est donc, sous l'un et l'autre rapport, complétement inadmissible.

1299. — Cependant il a été consacré par deux arrêts de la cour de cassation, des 13 fructidor an II et 10 janvier 1809. Nous ne dirons rien du premier, car antérieur à la promulgation de l'article 1321, il demeure forcément sans influence sur une question qui n'a pu naître que depuis cette promulgation.

Quant au second, rendu sous l'empire du Code, il a jugé plutôt une question de non-rétroactivité qu'une difficulté se référant à son influence sur la législation précédente. Il suffit, en effet, de faire remarquer que l'arrêt dénoncé à sa censure avait statué sur une contre-lettre antérieure au Code civil, qu'il avait pourtant validée par application de l'article 1321.

Aussi le pourvoi se fondait-il sur la violation de l'article 40 de la loi de l'an VII, et pour fausse application de l'article 1321. Il est vrai qu'à l'appui de ce dernier moyen, le demandeur soutenait que la règle générale de l'article 1321 n'avait pu abroger la loi spéciale à la matière.

Mais ce second moyen n'est pas même abordé par la cour de cassation; elle se borne à viser dans son arrêt l'article 40 de la loi de l'an VII, dont elle fait application. Ce n'est que dans le sommaire de l'arrêtiste qu'on lit ces mots : *il n'a pas été dérogé à cette loi par l'article* 1321, mais c'est là un principe que l'arrêt ne juge pas, par l'excellente raison qu'il n'avait pas à le décider; la seule législation applicable était la loi de l'an VII, sous l'empire de laquelle la contre-lettre avait été créée.

Ce que la cour n'a pas jugé en 1809, elle l'a décidé, mais en sens contraire, le 10 janvier 1819, et depuis elle a persisté dans la jurisprudence dans laquelle la plupart des cours d'appel l'ont suivie.

Il existe encore un arrêt dont se prévaut de Plasman, c'est celui rendu par la cour de Metz, le 17 février 1819. Mais cet arrêt, qui n'est peut-être dû qu'à la fausse interprétation donnée à celui de la cour de cassation, du 10 janvier 1809, ne saurait prévaloir, en *aucun cas*, sur les raisons que nous avons exposées sur la jurisprudence actuelle de la cour de cassation, sur celle que plusieurs autres cours ont adoptée [2].

[1] *Procès-verbaux*, séance du 2 frimaire an II.

[2] Voy. Dijon, 9 juillet 1828; Aix, 21 février 1832; cass., 15 décembre 1832; Dalloz jeune, *Dictionnaire général*, v° *Enregist.*, n° 2229.

1300. — Ainsi, et en force de l'article 1321, les contre-lettres, étant obligatoires entre les parties, deviennent la preuve littérale et décisive de la convention. C'est donc conformément aux clauses qu'elles renferment que le traité doit recevoir son exécution. Mais nous allons retrouver ici les principes que nous rencontrions tout à l'heure. La dérogation contenue dans la contre-lettre n'est valable qu'à la condition qu'elle n'aurait trait qu'à un intérêt particulier et privé. Dans le cas où la contre-lettre dérogerait à une loi d'ordre public ou d'intérêt général, son inefficacité serait absolue, même pour les parties entre elles.

1301. — On sait que la loi de 1816 a permis aux titulaires des offices de présenter un successeur à l'agrément de l'autorité, et de transmettre leur charge à titre onéreux. Mais cette autorisation est subordonnée à l'approbation que doit recevoir le traité réglant les conditions et le prix de la transmission. Le but de cette réserve, que s'est faite le gouvernement, est de veiller à la sincérité du traité et d'empêcher, dans un intérêt public, toute exagération légèrement consentie, dont les suites pouvaient être funestes en grevant trop fortement l'avenir du nouveau titulaire.

Cette disposition, dont la haute utilité, dont la profonde sagesse n'a pas besoin d'être démontrée, ne doit pas être éludée; il importe que l'autorisation ne soit pas une pure formalité, un vain enregistrement. Il fallait donc prévoir les manœuvres auxquelles elle peut donner lieu, et les réprimer sévèrement.

L'autorisation pouvant seule régulariser la cession, il n'en fallait pas douter, on se mettra à même de l'obtenir en évaluant, dans le traité, l'office vendu, à son juste prix, peut-être même un peu en deçà. Mais l'intérêt privé saura bien faire sa part, et un traité secret, stipulant un supplément de prix, offrira tous les inconvénients que l'on a voulu éviter par la communication forcée du traité.

Voilà, nous ne dirons pas ce qui pourra se réaliser, mais ce qui s'est effectivement réalisé, ce qui se réalise chaque jour, et les ruines éclatantes et scandaleuses qui se sont succédé sont venues témoigner bien hautement de l'incontestable utilité des précautions du législateur.

1302. — En présence de ces catastrophes, la jurisprudence a compris le devoir qu'elle avait à remplir. Ramener les parties à la vérité, en proscrivant avec une rigoureuse sévérité tout ce qui s'en écarte, tel est le but qu'elle s'est proposé et vers lequel elle marche avec une louable et noble persévérance.

Ainsi elle a annulé tous les traités secrets, en se fondant sur ce grand principe : que les conventions par lesquelles un supplément de prix est stipulé entre le vendeur et l'acheteur d'un office, en dehors du traité ostensible soumis à l'approbation du ministre, sont essentiellement illicites et contraires à l'ordre public, comme ayant pour objet de faire fraude aux dispositions législatives réglant, dans un intérêt général, le mode et la condition de la transmission des offices; que, dès lors, de telles conventions ne peuvent engendrer aucune obligation ni civile ni naturelle [1].

Ainsi, dans une cession d'office, il ne peut y avoir d'autre prix que celui porté au traité soumis à l'approbation du gouvernement. De quelque manière qu'un supplément de prix ait été stipulé, la convention est nulle et sans effet.

Par application de cette règle, il a été jugé :

Que la contre-lettre qui attribue les débets au vendeur, sans diminution du prix de l'office, tandis que le traité ostensible comprend les débets, avec ou sans ventilation, dans le prix de l'office, est radicalement nulle; qu'en conséquence, dans le cas où le vendeur aurait perçu les débets, il est tenu d'en rendre compte à l'acheteur [2];

Que la contre-lettre qui fixe au jour de la cession l'entrée en jouissance, que le traité indique pour le jour de la prestation du serment, est également nulle [3];

Qu'il en est de même de la convention secrète portant que la cession d'un office fait par un père à son fils, sous forme de démission pure et simple, a lieu, en réalité, à titre onéreux, moyennant un prix qui sera ultérieurement fixé [4].

1303. — Dalloz critique cet arrêt comme enlevant la propriété aux pactes de famille, et accuse la cour de cassation d'avoir, par une sévérité outrée, dépassé le but. Nous croyons, au contraire, que, quelque rigoureuse qu'elle paraisse, cette décision est parfaitement juridique, dictée qu'elle était par une déduction logique du principe présidant à la transmission des offices. Ainsi que le fait remarquer la cour de cassation, la propriété d'un office n'est pas une propriété ordinaire dont le titulaire ait la libre disposition.

[1] Cass., 16 mars 1849; D. P., 49, 1, 294.
[2] Cass., 8 janvier 1849; D. P., 49, 1, 12.
[3] Cass., même jour.
[4] Cass., 29 novembre 1848; D. P., 49, 1, 15.

La loi de 1816 ne lui confère que la faculté de présenter un successeur, que le gouvernement a toujours le droit de refuser ou d'admettre. Or l'exercice rationnel de ce droit est impossible si indépendamment de ce qui est relatif à la capacité et à la moralité du nouveau titulaire, toutes les conditions du traité ne sont pas fidèlement mises sous les yeux du ministre.

La plus essentielle de toutes ces conditions, est évidemment celle concernant le prix. Il importe que ce prix soit dans de justes proportions avec la valeur réelle de la charge; que l'obligation de le payer soit de telle nature que le débiteur puisse la remplir et faire face aux intérêts en résultant par les seules ressources de la charge elle-même et par les revenus légitimes dont elle est susceptible. Il faut, en un mot, que l'engagement ne soit pas tellement onéreux que la ruine et la déconfiture du nouveau titulaire puissent être entrevues dans un temps plus ou moins prochain. Comment le gouvernement veillera-t-il à tout cela, si le prix de la cession n'est pas même fixé au moment où son approbation est demandée?

Il est d'ailleurs incontestable que, dans les traités ordinaires, la clause que le prix sera ultérieurement fixé ferait que l'agrément de l'autorité serait refusé, et ce refus ne serait blâmé par personne. Pourquoi en serait-il autrement, lorsque c'est le père qui le cède à son fils? Est-ce que, dans ce cas, la détermination du prix ne peut pas être exagérée et hors de toute vérité? Est-ce que, ce cas se réalisant, le titulaire ne se trouvera pas grevé d'une charge à laquelle les revenus légaux de l'office pourront à peine suffire? Sera-t-il moins tenté qu'un autre de se procurer, par des moyens extra-légaux, les ressources dont il manquera? Est-ce qu'enfin, et suivant l'intérêt du moment, la détermination du prix ne sera pas le résultat de la collusion dans le but de priver les créanciers, que le titulaire peut avoir, d'une partie de l'actif sur la foi duquel ils ont traité? Si tout cela est réellement à redouter, pourquoi se départir d'une surveillance nécessaire pour obvier à tous ces inconvénients? On ne saurait en donner une raison plausible, et la validité d'une contre-lettre, dans ce cas, ne serait qu'une faveur accordée au mensonge et à la ruse.

Que le père et le fils aient trompé le gouvernement, c'est incontestable. L'apparence d'une démission pure et simple, devant en quelque sorte être suivie de l'approbation, évite ainsi tout contrôle efficace. Faudrait-il les récompenser de la simulation qu'ils se sont permise? Le pacte de famille ne saurait être pour le gouvernement une raison d'aliéner sa mission d'ordre public et d'intérêt général. En quoi, d'ailleurs, l'existence de ce pacte répugne-t-elle à la détermination actuelle d'un prix? C'est surtout ce prix qu'il importe à la famille elle-même de connaître, et, puisqu'on doit le fixer ultérieurement, on ne peut expliquer le défaut de fixation actuelle que par l'intention bien arrêtée de se soustraire au contrôle de qui de droit. Favoriser cette intention, ce ne serait pas autre chose que récompenser et encourager la fraude. En la proscrivant, l'arrêt de la cour de cassation n'a donc fait qu'un acte de morale et de justice.

Ainsi toute contre-lettre, quels qu'en soient les signataires, fût-elle de père à fils, reste frappée d'une nullité radicale, dès qu'elle modifie ou abroge, dans une partie quelconque, le traité soumis d'office à la chancellerie. Cette règle ne comporte aucune exception, mais elle serait évidemment non applicable à la contre-lettre expliquant le sens et la portée des clauses du traité public, sans les modifier. Ainsi, il a été jugé que, lorsque les conditions de la vente d'un office ont été arrêtées avant que le cessionnaire eût l'âge requis, au moyen d'un traité demeuré secret, mais qui ne diffère du traité soumis plus tard à la chancellerie que par des clauses transitoires devenues sans objet, ce traité est suffisant pour conférer au cédant le privilége du vendeur et l'autoriser à en transmettre le bénéfice par voie de subrogation, en vertu de cet acte, au tiers qui l'a payé après la nomination du cessionnaire [1].

1304. — La jurisprudence qui proscrit toute dérogation au traité public, jurisprudence dans laquelle la cour de cassation persiste avec une inflexible fermeté, amenait, comme conséquence inévitable, à consacrer le droit de répéter les sommes payées à titre de supplément de prix, soit au moment du contrat, soit avant, soit après. En effet, considérer ces payements comme légitimement acquis, c'était rendre complétement illusoire la nullité des contre-lettres, qu'on eût dès lors délaissées, en prenant un moyen plus sûr pour faire réussir les desseins que ces contre-lettres faisaient vainement entrevoir. Ce moyen était naturellement indiqué. On aurait exigé le payement actuel et comptant du supplément du prix, ou la remise de valeurs négociables, jusqu'à due concurrence.

La seule précaution efficace contre cette fraude si facile était de considérer comme nuls ces

[1] Orléans, 31 janvier 1846; D. P., 47, 2, 101.

payements ou remises, et cette précaution était indispensable pour assurer le but qu'on se proposait d'atteindre par la nullité absolue des contre-lettres. En effet, chassée d'un côté, la fraude serait largement revenue de l'autre, et les inconvénients prévus, loin de s'affaiblir, ne pouvaient manquer de s'aggraver. C'est ce que la jurisprudence a compris, c'est ce qu'elle a voulu prévenir par la nullité de la contre-lettre verbale, comme de la contre-lettre écrite, et par l'admission du droit de répétition de ce qui a été payé en vertu de l'une ou de l'autre.

1305. — La sagesse de cette solution a été méconnue et son caractère juridique contesté. Mais l'une et l'autre peuvent facilement être justifiés. Sans doute il est des obligations que la loi permet de faire annuler, et qui sont cependant dans le cas de créer un lien naturel. Mais il faut distinguer ce que la loi permet de ce qu'elle ordonne, parce que de la diversité de ce caractère découlent des conséquences bien différentes.

Ainsi les obligations annulables ou rescindables ont une existence légale tant que leur nullité ou leur rescision n'a été ni demandée ni obtenue. Le droit de la faire consacrer est reconnu par la loi, mais elle n'en prescrit aucunement l'exercice, qu'elle laisse au libre arbitrage de la partie lésée.

Dès lors l'exécution à laquelle se livre cette partie, au moment même où elle pouvait poursuivre la nullité, est un acte spontané et libre qui non-seulement engendre une obligation naturelle, mais qui, pouvant constituer une ratification, est susceptible de donner au contrat le lien légal et obligatoire dont il manquait jusque-là.

Il ne saurait en être de même pour l'obligation illicite. Sa nullité n'a pas besoin d'être ordonnée, elle existe de plein droit, il n'y a jamais eu d'obligation, aucune possibilité de l'exécuter, et moins encore de lui donner aucune valeur légale par une ratification, fût-elle expressément consentie. Il y a même plus; personne ne pouvant faire ce que la loi prohibe formellement, l'exécution d'une obligation contractée contre cette prohibition est elle-même illégale et nulle, et dès lors incapable de produire aucun effet.

Ainsi les pactes sur succession future, les sociétés de delits, les contrats usuraires, les stipulations illégales de contrainte par corps, en un mot, tout ce qui est de nature à porter atteinte à une prohibition formelle, édictée dans l'intérêt des mœurs, de l'ordre public, de la sécurité de l'État, n'a jamais eu une existence réelle, susceptible de créer un lien moral quelconque. La violation de la loi, qui proteste contre le pacte, proteste contre son exécution qu'on ne pourrait dès lors tolérer, et moins encore indirectement valider, sans méconnaître la volonté expresse du législateur.

La différence entre la nullité radicale et de plein droit et celle que la loi n'a consacrée que par des considérations particulières ne pouvait être méconnue. Aussi n'est-ce pas sur celle-ci qu'on a insisté. Mais il existe une nullité d'ordre public à laquelle la loi a attaché une obligation naturelle : ainsi les dettes de jeu librement et spontanément payées ne sont pas répétibles. S'emparant de cet exemple, on s'est écrié : Vous voyez donc bien qu'une obligation naturelle peut être produite par les nullités radicales elles-mêmes.

Mais ce qui enlève à cette objection toute force et toute portée, c'est précisément la disposition de l'article 1967. Le législateur ne s'est pas dissimulé qu'en principe le jeu ne pouvait engendrer même une obligation naturelle ; qu'en conséquence le payement de ce qui avait été perdu ouvrait l'action en répétition. Mais, par des considérations que nous n'avons pas à apprécier, pour rendre hommage à nos mœurs peut être, il n'a pas cru devoir autoriser cette répétition. Il s'en est donc formellement et spécialement expliqué. Ainsi, si la dette de jeu volontairement payée n'est pas répétible, c'est par exception au principe général ; si cette exception est admise, c'est qu'elle est écrite en toutes lettres dans la loi. Qu'on nous montre donc qu'il en est de même pour le supplément de prix d'un office, et nous nous avouerons immédiatement vaincu.

Ainsi l'objection tirée de l'article 1967, loin d'atténuer la rigueur du principe, ne fait que le confirmer. Pour que la nullité radicale et d'ordre public crée une obligation naturelle, il faut une exception formellement prévue. Cette exception n'existant pas, le principe continue à exercer tout son empire.

Maintenant, dans quelle catégorie faut-il placer la nullité de la contre-lettre, en matière de cession d'office? Cette question ne peut être douteuse. Cette nullité ne reconnaît d'autre motif que l'intérêt général et public. Elle est donc radicale, absolue ; elle ne peut dès lors produire une obligation, même morale.

1306. — Mais, a-t-on dit, la loi de 1816 n'a nulle part proscrit les contre-lettres, on ajoute donc à la loi lorsque non-seulement on les annule, mais surtout lorsqu'on permet de répéter ce qui a été payé à ce titre.

Sans doute le législateur de 1816 n'a pas em-

ployé cette locution : toute contre-lettre est défendue, mais une pensée conforme s'induit clairement de la loi.

La cession de l'office n'est qu'une faculté qui ne peut être exercée que sous la condition formelle de l'approbation du gouvernement. Cette approbation, qu'un intérêt général a fait prescrire, ne peut être que le résultat d'une appréciation éclairée et loyale des conditions du marché. Elle ne sera accordée que si le ministre est convaincu : 1° que la charge sera honnêtement exercée ; 2° que l'acheteur ne s'impose pas de charges trop lourdes ; 3° que, renfermé dans son état, il y trouvera, en en respectant les limites, en en pratiquant les devoirs, une suffisante existence. Pour que cette conviction se forme, il faut de toute nécessité que le traité qui en forme les éléments essentiels soit sincère, surtout en ce qui concerne le prix. Qu'importe, en effet, la capacité du successeur désigné si, d'avance, l'énormité des engagements qu'on lui fait secrètement consentir le réduit à trouver un complément de ressources dans l'agiotage, dans la spéculation, et le destine fatalement, en quelque sorte, à finir dans l'abîme où il plongera de nombreuses victimes.

Si le but indiqué est bien celui que s'est proposé le législateur de 1816, est-il possible de nier qu'il ait entendu proscrire tout ce qui tendrait à lui enlever son véritable caractère et son utilité? La contre-lettre, dissimulant une partie du prix, ne peut que déterminer ce résultat. Elle se trouve donc nécessairement atteinte par cette proscription.

Ainsi, pour se conformer à l'intention du législateur de 1816, la jurisprudence devait nécessairement aboutir à ces deux termes : d'une part, nullité radicale de toute contre-lettre ayant pour objet de modifier ou de déroger aux clauses et conditions du traité public communiqué à la chancellerie ; de l'autre, faculté de répéter tout ce qui aurait été payé ou donné à titre de supplément de prix, au moment du traité, avant ou depuis. C'est ainsi, au reste, que les tribunaux et cours l'admettent aujourd'hui.

1307. — De cette jurisprudence il suit que le traité secret ne pouvant être ratifié ni expressément ni tacitement, l'exécution qui lui aurait été donnée ne créerait aucune fin de non-recevoir, soit contre l'action en nullité, soit contre celle en restitution ou imputation des sommes également perçues en vertu du traité secret. Il en serait de même de la transaction dont ce traité secret aurait été l'objet, si, tout en réduisant le supplément du prix secrètement stipulé, elle l'avait cependant consacré en partie. Il ne saurait y avoir de transaction valable que celle qui ramènerait les parties à l'exécution pure et simple du traité public. Tout ce qui irait au delà serait atteint de la nullité viciant le traité secret lui-même, et, en conséquence, resterait non-seulement sans effet, mais ne saurait même échapper à l'action en restitution.

1308. — L'action en nullité et celle en restitution conférée au débiteur principal appartiennent à la caution. En principe, ce qui est nul comme illicite ne saurait devenir la matière d'un cautionnement légal et obligatoire. Celui qui l'aurait fourni serait donc recevable à en faire prononcer l'invalidité.

Pourrait-il, après avoir payé, demander la restitution ou tout au moins l'imputation jusqu'à concurrence sur le prix du traité primitif qu'il aurait également cautionné? L'affirmative n'est pas douteuse et résulte du droit de répétition reconnu au débiteur. Ce qui vicie l'engagement de celui-ci vicie également celui de la caution. Les conséquences de ce vice ne pourraient donc varier dans leur application à l'un ou à l'autre.

1309. — Le cessionnaire de l'office, fondé à opposer au cédant la nullité du traité secret, pourrait-il également l'opposer pour se dispenser de rembourser le supplément du prix qu'un tiers aurait payé pour lui?

Il nous semble que cette question doit se résoudre par le principe admis par la cour de cassation en matière de jeu [1]. Si le tiers a connu le traité secret, s'il y a coopéré comme intermédiaire ou mandataire, il a assumé volontairement les chances de la subrogation aux droits du vendeur ; résultant du payement, ce droit reste en ses mains ce qu'il était entre celles du cédant lui-même. Les objections opposables à celui-ci pourront donc lui être opposées, alors même que le titulaire de l'office eût consenti au payement et à la subrogation.

Si le tiers a payé de bonne foi, s'il s'est borné à prêter son argent, le droit d'en obtenir son remboursement ne saurait être sérieusement contesté par le débiteur, acquéreur de l'office. La destination qu'il aurait donnée à la somme empruntée ne saurait être opposée au prêteur, qui n'avait pas même à s'en occuper, et encore moins à s'en enquérir.

1310. — Une autre conséquence de la jurisprudence que nous avons indiquée est de rendre la preuve testimoniale admissible pour établir

[1] *Vid. suprà*, nos 677 et suiv.

soit qu'une somme quelconque a été payée au moment et en dehors du traité, à titre de supplément de prix, soit que les valeurs dont on réclame le payement n'ont pas d'autre cause. Sans la preuve testimoniale, la répétition autorisée ne saurait avoir lieu, car, en l'état de ce danger, le vendeur se gardera bien de donner une preuve écrite du payement et de ses causes, non plus que de celle des effets qu'il a fait souscrire. Cette admissibilité, d'ailleurs, se justifie parfaitement par les principes ordinaires. Ainsi que nous venons de le voir, la fraude contre une loi d'ordre public peut toujours être invoquée par la partie et prouvée par témoins. Or, tel est évidemment le caractère de celle ayant pour objet de percevoir un supplément de prix dans la vente d'un office.

1311. — L'action en nullité du traité secret et celle en restitution ne se prescrivent que par trente ans, cela n'a pas cependant laissé que de soulever des difficultés. Dans un cas comme dans l'autre, a-t-on dit, l'objet principal du litige, c'est la nullité de la contre-lettre. Dès lors, et en vertu de l'article 1304, il faut admettre que le silence prolongé pendant plus de dix ans, ayant éteint l'action en nullité, a également anéanti la faculté de répéter ce qui a été indûment payé [1].

Cette doctrine a le tort d'appliquer aux actes nuls de plein droit une règle seulement applicable aux contrats annulables ou rescindables. L'article 1304 ne s'occupe que de ces derniers, et la prescription qu'il consacre n'est que la conséquence de leur caractère. Nous l'avons déjà dit, ces actes ne sont qu'infestés d'un vice purement relatif, que la loi permet à la partie intéressée de couvrir par une ratification expresse ou tacite. Elle considère le silence de plus de dix ans comme constituant cette dernière et ayant par conséquent donné à l'acte toute légalité. Aussi en ordonne-t-elle l'exécution pour l'avenir.

Rien, au contraire, ne peut valider l'acte nul comme contraire à la loi, à l'ordre public, à l'intérêt général. On n'acquiert pas le droit de violer la loi par cela seul qu'on l'a violée plus ou moins longtemps. L'acte qui ne peut être expressément ratifié ne peut l'être tacitement, fût-ce même par un silence s'étant prolongé au delà de dix ans. La seule prescription qui puisse, non pas en faire admettre l'exécution, mais lui acquérir le pardon du passé, est celle qui ne permet pas de l'attaquer, parce qu'elle anéantit toutes les actions, tant réelles que personnelles, c'est-à-dire la prescription trentenaire.

Ce système, qui a l'adhésion d'une foule d'auteurs graves [2], consacré par un arrêt de Bordeaux, du 20 août 1828, a été depuis sanctionné par la cour de Paris, le 5 décembre 1846, et par la cour de cassation, le 3 janvier 1849 [3].

1312. — L'inaliénabilité du fonds dotal date déjà de fort loin. Dans l'origine, le mari, maître de la dot, pouvait en disposer et l'aliéner, même sans le concours de la femme. La loi *Julia de adulteris* vint mettre un terme à cette faculté; elle défendit toute aliénation *invita uxore*.

Cette prohibition, faite au mari, fut étendue à la femme par Justinien. Désormais le fonds dotal devint inaliénable, aucun des époux ne pouvant en disposer pendant le mariage, soit conjointement, soit séparément.

Cette prohibition a-t-elle créé ce meilleur état des choses que se promettait Justinien? Est-elle une amélioration ou un inconvénient? Nous ne voulons pas entrer dans cette vieille querelle entre le droit coutumier et le droit écrit, ce qui nous entraînerait au delà de notre sujet. Disons seulement que cette inaliénabilité absolue a créé et crée encore de bien graves embarras et de bien nombreux obstacles au développement de la prospérité de certaines familles, et que si, sous le point de vue personnel à la femme, elle a des avantages, ces avantages ne sont souvent acquis que par des moyens souverainement iniques, au point de vue purement moral.

Quoi qu'il en soit, cette inaliénabilité se trouvant consacrée par le Code civil, il nous faut l'examiner au regard des fraudes que la loi peut inspirer, en rechercher le caractère, en déduire les effets par rapport aux tiers, par rapport aux époux eux-mêmes.

1313. — Les lois réglant l'inaliénabilité du fonds dotal constituent un statut réel. Les époux sont, pendant le mariage même, capables de disposer, seulement le fonds dotal demeure indisponible en leurs mains. La prétention contraire a été soutenue, et ceux qui voyaient dans ces lois un statut personnel ont invoqué la place que Justinien a donnée à la prohibition. C'est dans ses *Institutes*, et précisément sous le titre intitulé : *Quibus alienare licet, vel non*, qu'il l'a placée. Donc, la prohibition crée, elle-même,

[1] Toullier, t. VII, n° 599; Delvincourt, t. II, n° 598.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Ratification*; Duranton, t. XII, n° 523; Troplong, *de la Vente*, n° 249; Marcadé, *Éléments du droit civil*, art. 1304; Zachariæ, t. II, p. 440.

[3] D. P., 52, 2, 377; 47, 2, 4; 49, 1, 139.

une incapacité personnelle. C'est là une erreur que nous démontrerons en nous occupant de la question de savoir si la vente du fonds dotal peut être ou non valablement cautionnée.

Donc, la prohibition d'aliéner la dot s'applique aux biens et non à la personne, et ses fondements étaient, en droit romain, considérés comme d'intérêt général, la conservation de la dot devant rendre un second mariage plus facile et contribuer ainsi à augmenter la population : *Interest reipublicæ mulierum dotes salvas esse, quibus nubere possunt.*

Le droit français s'est beaucoup moins préoccupé des secondes noces que de l'intérêt de la femme et de celui des enfants. La dot est un *minimum* de fortune que la loi a voulu leur conserver malgré le naufrage au milieu duquel peuvent périr toutes les autres ressources du ménage. Mais cette manière d'entendre le droit ne lui enlève rien de son caractère public, l'intérêt général des familles ne cesse pas de se recommander à la faveur de la loi.

1314. — Il importe cependant de remarquer que, quoique d'ordre public, quoique existant *ipso jure*, c'est-à-dire qu'on doive l'obtenir indépendamment de toute obligation de prouver soit une lésion, soit un préjudice, la nullité de l'aliénation du fonds dotal n'est pas absolue. Cela tient à ce que l'ordre public n'y est que subsidiairement intéressé. L'intérêt principal est celui de la femme et des enfants : *Primario spectat utilitatem privatam, et secundario publicam.* Ce sont, dit Dunod, les particuliers qui profitent de l'interdit, et sa prohibition produit une nullité qu'on appelle respective, parce qu'elle n'est censée intéresser que celui en faveur de qui elle est prononcée [1].

Ces observations fixent le caractère de la nullité et les conséquences de la fraude. La nullité est légale, c'est-à-dire qu'elle est formellement prononcée par la loi. Mais, tout en l'admettant, le législateur ne fait pas un devoir de la faire prononcer, il s'en rapporte à la partie intéressée qui peut non-seulement ne pas la poursuivre, mais encore la couvrir en ratifiant l'acte lorsque l'empêchement qui le fait prohiber a disparu. En d'autres termes, la loi n'autorise pas, mais elle n'empêche pas non plus : *Non assistit nec corroborat quod est autem respectu ejus in cujus favorem prohibitio facta est; sed non resistit absolute et semper* [2].

Ce caractère spécial de la nullité de la vente du fonds dotal était admis par l'ancien droit [3] ; doit-on l'admettre aujourd'hui encore ?

L'affirmative nous paraît résulter de la jurisprudence, qui repousse l'action de l'acquéreur ayant sciemment traité avec les époux ou l'un d'eux. Cette jurisprudence serait illogique si la nullité est absolue, car il est de l'essence de celle-ci de pouvoir être opposée par toutes les parties. Si, dans l'espèce, on le décide autrement, si la demande en nullité de l'acquéreur est repoussée par application de l'article 1125, c'est qu'on admet qu'il ne s'agit que d'une nullité relative.

L'affirmative résulte encore de la possibilité d'une ratification même tacite, dont l'effet est de donner à l'acte toute la validité qu'il aurait eue s'il n'avait contrevenu dans l'origine à une prescription légale et d'en assurer l'exécution dans l'avenir. Or, nous l'avons déjà dit, la nullité absolue, contre laquelle la loi résiste sans cesse, ne peut jamais sortir à effet, ne peut être ratifiée ni expressément, ni tacitement; l'action dont elle est la source ne se prescrit que par trente ans. Conséquemment, s'il en est autrement pour la nullité du fonds dotal, c'est que cette nullité, reconnaissant une autre origine, obéit à des principes différents.

Nous croyons donc que la nullité est aujourd'hui ce qu'elle était autrefois, c'est-à-dire radicale et absolue pour ce qui concerne les époux et la famille; purement relative quant aux tiers ayant traité avec l'un d'eux.

1315. — Il résulte de là que ces tiers ne peuvent de leur chef l'invoquer ni la faire valoir, s'ils ont connu la qualité de celui avec qui ils ont contracté. Nous distinguerons cependant suivant qu'ils ont acheté du mari ou de la femme.

Celui qui achète un bien déclaré appartenir à une femme mariée est mis immédiatement en demeure de prendre toutes les précautions possibles pour s'assurer si le bien qu'il achète est ou non grevé de dotalité. S'il néglige de le faire, le contrat devient irrévocable pour lui sans qu'il puisse prétendre avoir été dans l'ignorance sur le vice de l'objet vendu. Nous le répétons, ce vice, la qualité de femme mariée devait le lui faire présumer, et s'il n'en a pas vérifié l'existence, il a commis une faute des conséquences de laquelle il ne saurait être relevé.

Si la vente a été consentie par le mari seul, agissant en son propre et privé nom, comme propriétaire de ce qu'il vend, l'acheteur n'a pas

[1] *Des Prescriptions*, p. 48.
[2] Dunod, *ibid.*
[3] Dupérier, *Questions notables*, quest. 9, t. I, p. 56.

dû se douter même de la dotalité dont cette chose est atteinte. Sans doute, il eût dû exiger que le mari justifiât la propriété qu'il alléguait; mais la bonne foi, qui est de l'essence de la vente, empêche d'attacher une importance majeure à cette négligence, et l'acquéreur, en vertu même de cette bonne foi, devrait être admis à poursuivre la nullité de la vente lorsqu'il découvre la dotalité qu'il avait complétement ignorée.

Mais il n'en serait plus ainsi si le mari avait procédé comme tel dans la vente, s'il avait pris la qualité d'administrateur de la dot ou celle de mandataire de sa femme. Dans ce cas, la propriété de la femme est suffisamment indiquée, et cette indication suffit pour soumettre l'acquéreur à toutes les obligations de celui qui traite directement avec une femme mariée. Il devait donc se faire représenter le contrat de mariage. La faute grave qu'il a commise, en ne pas l'exigeant, le laisse sans droits contre l'engagement qui en a été la conséquence. A plus forte raison en serait-il ainsi si la vente avait été faite par le mari et la femme conjointement [1].

1316. — Ainsi l'acquéreur, qui a, au moment de l'achat, ignoré la dotalité de l'immeuble, est recevable, après la découverte qu'il en fait plus tard, à poursuivre la nullité du contrat, mais il ne peut exciper de cette ignorance toutes les fois que la propriété lui a été désignée comme appartenant à la femme. Cette indication, de plein droit existant, lorsque c'est la femme elle-même qui a vendu, résulte suffisamment soit de la qualité d'administrateur ou de mandataire prise par le mari, soit du concours donné par la femme au contrat.

1317. — Cependant la cour de cassation a jugé, le 11 décembre 1815, que, même lorsque le mari a traité seul et comme propriétaire de ce qu'il aliène, l'acquéreur ne peut être admis à poursuivre la nullité du contrat, et cela par application de l'article 1125 du Code civil [2]. Nous ne pouvons adopter la doctrine par trop sévère de cet arrêt, et nous contestons la justesse de l'application de l'article 1125. Que celui qui traite avec un incapable ne puisse se prévaloir plus tard de cette incapacité, cela se comprend; mais celui qui a contracté avec un capable, et qui a été trompé par lui sur la disponibilité de la chose qu'il prétend lui appartenir, ne s'est pas placé sous le coup de cet article, dont l'application doit lui rester étrangère. Qu'on exige la représentation du contrat de mariage, lorsqu'on dénonce l'existence des droits de la femme, soit; mais lorsque celui qui a vendu n'a pas même indiqué sa qualité d'homme marié, l'exigence n'est plus que souverainement déraisonnable. Au fond, le mari, qui vend comme lui appartenant la chose de sa femme, abuse étrangement des droits qui lui sont conférés sur la dot et commet, en quelque sorte, une véritable fraude contre l'acheteur. Sous tous ces rapports, la cour de cassation paraît s'être écartée dans son arrêt des véritables principes autant que des notions de l'équité et de la justice.

1318. — Nous ajoutons que la vente faite par la femme, par le mari, ou par tous les deux conjointement, qui ne serait que le résultat des manœuvres frauduleuses auxquelles ils se seraient livrés, serait nulle, et que cette nullité serait opposable par l'acquéreur. Mais on ne saurait considérer comme manœuvre frauduleuse le défaut de déclaration sur la dotalité du bien vendu [3], les conséquences du silence gardé à cet égard ne pouvant, dans aucun cas, être autres que celles formellement indiquées par l'article 1560 du Code civil.

1319. — Cet article dispose que l'aliénation du fonds dotal pourra être révoquée sur la demande de la femme ou de ses héritiers, après la dissolution du mariage ou la séparation des biens, et pendant la durée du mariage sur la demande du mari lui-même. Ainsi le législateur ne s'arrête pas à la part plus ou moins grande que les époux ont prise à la fraude qu'il s'agit de réprimer. Le mari est recevable à l'attaquer, alors même que, traitant en son propre et privé nom, il a aliéné, comme lui appartenant, le bien qu'il vient revendiquer comme dotal; ce droit exorbitant n'est que la conséquence de ce que l'aliénation du fonds dotal, *contra legum interdicta*, crée, au regard des époux et de la famille, une nullité absolue que chacun d'eux peut dès lors invoquer.

1320. — Le mari peut donc poursuivre lui-même la révocation de l'aliénation par lui consentie. Pendant le mariage, c'est le mari qui a toutes les actions; lui seul peut donc les exercer soit dans son intérêt propre, comme devant percevoir les fruits de la dot, soit dans l'intérêt que la femme et les enfants ont à la conservation du bien dotal.

Le mariage dissous, le mari est obligé de restituer la dot dont la propriété est transférée aux héritiers de la femme, toute action l'inté-

[1] Duranton, t. XV, no 528.
[2] Sirey, 16, II, 161.
[3] Paris, 23 février 1833.

ressant ne peut donc plus appartenir qu'aux héritiers eux-mêmes; le mari n'aurait conséquemment plus aucune qualité pour révoquer l'aliénation du bien dotal que les héritiers respecteront peut-être. La séparation de bien prononcée produit sur la recevabilité de l'action du mari le même effet que la dissolution. La femme, recevant l'administration et la jouissance de la dot, a désormais seule qualité pour toutes les actions s'y référant.

1321. — Le mari, héritier de sa femme, pourra-t-il, en cette qualité, demander, après le mariage, la révocation de l'aliénation du bien dotal qu'il a consentie pendant sa durée?

1322. — Bellot [1] distingue le cas où l'acquéreur a ignoré la dotalité, et celui où il en a eu connaissance. Il pense que, repoussée dans le premier, la demande du mari héritier devrait être accueillie dans le second.

Cette distinction et ses conséquences sont critiquées par Dalloz. La bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur, dit ce jurisconsulte, doit être vérifiée pour savoir si, en cas de revendication, le mari doit ou non être condamné à des dommages-intérêts; mais cette circonstance est indifférente pour la décision de la question de savoir si, dans l'espèce, le mari peut revendiquer. Or, il n'a pas lui-même le droit de demander l'annulation de la vente du fonds dotal après la dissolution du mariage; il est vrai que, dans l'espèce, le mari a succédé aux droits de la femme qui aurait pu faire prononcer la nullité; mais cette qualité d'héritier ne peut effacer en lui sa qualité de vendeur. On doit donc, dans tous les cas, lui appliquer la règle *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* [2].

1323. — L'erreur de Dalloz se dissimule à peine derrière l'évidente faiblesse des raisons qu'il invoque. Sans doute le mari ne peut plus, après le mariage dissous, poursuivre la révocation de l'aliénation du bien dotal, nous en avons donné le motif; c'est qu'il est désormais étranger à tout ce qui concerne la dot; mais de ce qu'il ne peut agir comme mari, s'ensuit-il qu'il ne puisse le faire en une autre qualité? Pourrait-on, par exemple, le déclarer non recevable s'il poursuivait cette révocation en qualité de tuteur de ses enfants, héritiers de leur mère? Pourquoi donc ne le serait-il pas lorsque, héritier lui-même, il exerce les droits personnels à celle qu'il représente?

Parce que, dit Dalloz, la qualité d'héritier ne peut effacer celle de vendeur. Mais est-ce que cette dernière est un obstacle même pour le mari? Il n'y a à cet égard qu'à lire l'article 1560 pour être convaincu du contraire. La qualité de vendeur ne suffit même pas pour qu'on soit tenu de l'éviction; pour que cette obligation pût être imposée au mari, il faudrait de toute nécessité que le caractère de dotalité eût été caché à l'acquéreur. Alors en effet, et seulement alors, le mari est passible de dommages-intérêts; c'est ce que porte textuellement l'article 1560.

Si la dotalité a été déclarée, si par la qualité des parties au contrat elle a été connue de l'acquéreur, le mari ne doit ni garantie, ni dommages-intérêts. On ne pourrait donc lui opposer, sous aucun prétexte, la maxime invoquée par Dalloz : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* On ne pourrait en exciper que si des dommages-intérêts étaient dus par lui.

Il faut donc en revenir à la distinction conseillée par Bellot : Si la dotalité a été dissimulée, le mari est responsable, tenu d'indemniser l'acheteur. S'il vient, en l'état de cette obligation, faire révoquer l'acte en qualité d'héritier de sa femme, on lui opposera avec succès que sa demande n'est pas recevable. L'action pouvant l'atteindre, l'exception devient péremptoire.

Si l'acquéreur a connu la dotalité, il s'est constitué en état de mauvaise foi, il n'a dès lors aucune garantie à exercer contre personne, pas même contre le mari; comment dès lors, privé de l'action, pourrait-il élever une exception contre l'héritier de la femme, lorsqu'il ne pourrait l'opposer au mari agissant personnellement en cette qualité?

L'opinion de Dalloz est d'autant plus extraordinaire que, quelques lignes plus bas, il soutient que le cautionnement formel, donné par le mari à l'aliénation du fonds dotal, ne saurait produire aucun effet contre lui, ni l'obliger à garantir [3]. Comment donc peut-il ici faire résulter cette garantie du simple concours du mari à l'acte d'aliénation ou du fait même de la vente? Ainsi, le mari serait tenu s'il n'a rien dit, non tenu s'il avait expressément cautionné? Telle est cependant la contradiction étrange à laquelle arrive Dalloz.

1324. — Concluons donc que la bonne ou

[1] T. IV, p. 209.
[2] D. A., t. X, p. 343, no 34.
[3] D. A., t. X, p. 343, nos 36 et 37.

la mauvaise foi de l'acquéreur est une circonstance décisive, même lorsque le mari provoquera, en qualité d'héritier de la femme, la révocation de l'aliénation du fonds dotal, car, recevable, dans le premier cas, à exiger du mari des dommages-intérêts et à lui opposer la règle *quem de evictione tenet*, etc..., le tiers acquéreur ne pourra, dans le second cas, faire ni l'un ni l'autre.

1325. — La question de bonne ou de mauvaise foi acquiert donc dans tous les cas une importance réelle. La dernière résulte du contrat, lorsque le mari vendant seul a déclaré le caractère de dotalité, ou lorsqu'il a agi comme administrateur de la dot ou mandataire de la femme, enfin lorsque la vente a été consentie par celle-ci soit personnellement et isolément, soit conjointement avec son mari. En l'absence de ces circonstances, le mari pourra-t-il prouver que la dotalité non déclarée a été parfaitement connue par l'acquéreur?

Il importe, pour l'appréciation de cette question, de rappeler que le projet du Code civil contenait une disposition ainsi conçue : Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant néanmoins sujet aux dommages-intérêts de l'acheteur, *pourvu que celui-ci ait ignoré le vice de l'achat.*

Cette rédaction communiquée au tribunat, il fut objecté : Que ses expressions donneraient lieu à des difficultés, comme l'expérience l'a appris. Comment savoir si l'acquéreur serait ou non en état d'ignorance? Cette preuve ne pouvant se puiser ailleurs que dans l'acte d'acquisition, il a paru préférable de le faire dépendre du contrat même. C'est encore un moyen de détourner le mari du dessein de vendre le bien dotal.

Sur cet avis du tribunat, l'article 1560 fut rédigé tel qu'il se trouve aujourd'hui dans le Code.

De là, on a conclu que la seule preuve de la mauvaise foi de l'acquéreur admissible était celle qui se puiserait dans le contrat lui-même, et que, dans le silence absolu de celui-ci, le mari serait non recevable à prétendre l'établir autrement [1].

L'induction paraît en effet plausible. Cependant on doit la repousser, si l'on veut rester fidèle à l'esprit de la loi.

L'acquéreur du fonds dotal n'a pas été vu d'un œil favorable, et l'on s'est très-peu montré jaloux de le favoriser. « Il ne mérite aucun intérêt, « disait Portalis, c'est par sa légèreté qu'il se « trouve trompé; il doit s'imputer de n'avoir « pas pris des renseignements suffisants. D'ailleurs il est difficile d'admettre qu'il n'ait pas « profité de la nécessité ou de la prodigalité du « mari, car celui-ci n'a pu faire qu'une mauvaise affaire. »

Ainsi l'achat de l'immeuble dotal peut n'être, chez celui qui le contracte, qu'une spéculation, qu'une occasion de conclure un excellent marché; comment donc la loi aurait-elle consenti à s'en rendre, en quelque sorte, complice, en laissant l'acquéreur arbitre souverain d'en assurer le sort?

Il est permis, en effet, d'admettre que plus le tiers acquéreur aura connu le danger, et plus il ambitionnera paraître l'avoir ignoré. D'autre part, plus la détresse du mari et la nécessité de vendre seront pressantes, plus il se montrera facile pour la condition qui lui serait faite de garder le silence dans le contrat sur la dotalité de l'objet vendu. Il est bon sans doute de détourner le mari de vendre le bien dotal, mais il est aussi du plus haut intérêt d'en empêcher l'achat; arriverait-on à ce résultat en accordant des dommages-intérêts, devant en définitive rejaillir contre la famille, par cela seul que le mari aurait subi la loi du silence qu'on lui aurait imposée?

A notre avis, ce dont la loi se préoccupe, c'est du fond et non de la forme. Si l'acte met sur la voie de la dotalité, par l'un des moyens déjà indiqués, la preuve de la mauvaise foi est inébranlablement acquise. Dans le silence de l'acte, la bonne foi est présumée, mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire.

Le contraire ne saurait suffisamment résulter d'une discussion législative. Quelque respectable que soit un pareil document, il ne saurait avoir qu'une autorité doctrinale, comme l'observe Troplong, et, sous ce rapport, elle ne supporte pas l'examen.

« Le texte, continue ce savant magistrat, donnerait lieu à une difficulté sérieuse, s'il était explicite; mais le tribunal a heureusement traduit sa pensée par une formule qui n'est pas exclusive et absolument limitative.

« Elle n'est pas limitative. Comparons, en effet, l'article 1560 à l'article 1626. Ce dernier article dit que le vendeur est tenu de droit de garantir l'acheteur de toutes les charges prétendues sur l'immeuble et *non déclarées* lors de la vente. Notez ce mot : *non déclarées;* n'est-ce pas là une formule pareille à celle de l'article 1560? L'expression n'est-elle pas identique? Eh bien! comment la jurisprudence a-t-elle interprété l'article 1626? A-t-elle repoussé la connaissance extrinsèque? A-t-elle exigé, comme condition

[1] Dalloz, t. X, p. 343, n° 35; Tessier, *de la Dot*, note 698; Benoit, t. I, n° 267.

sine qua non de l'absence de garantie, la déclaration du vendeur? Pas le moins du monde. Quelle que soit la voie qui a conduit l'acheteur à connaître, lors de la vente, le péril de la chose qu'il a achetée, cette connaissance suffit, on n'en demande pas davantage. On repousse les exigences formalistes et les observations sacramentelles, et l'on dit avec Cicéron : *Ubi judicium emptoris, ibi fraus venditoris quæ potest esse.*

« Si telle est la jurisprudence incontestable, quand il s'agit de l'article 1626, pourquoi suivrait-on une autre route quand on est en face de l'article 1560? Pourquoi le mot *déclarer* serait-il plus sacramentel dans celui-ci que dans celui-là? Pourquoi ne rentrerait-on pas dans le vrai? Pourquoi enfin adjugerait-on des dommages-intérêts à un acheteur de bien dotal qui, sachant ce qu'il faisait, n'a pas éprouvé de préjudice? Est-ce que cet acheteur est si favorable? A-t-on oublié les paroles sévères de Portalis sur son compte? Ne se rappelle-t-on pas qu'il ne mérite aucun intérêt [1]?

Ainsi, et malgré le silence du contrat, nous pensons que le vendeur serait recevable à faire la preuve de la mauvaise foi de l'acheteur, mais nous admettons, avec Delvincourt, que cette preuve doit être littérale. En effet, les principes généraux, en matière de preuve, reçoivent ici leur entière application. Sans doute le titre ne dit rien, il est simplement muet; mais ce silence, dont la foi fait résulter la présomption de bonne foi, est un titre pour l'acquéreur, lequel ne saurait céder que devant la preuve écrite du contraire. D'ailleurs, l'intérêt seul du litige amènerait à cette conséquence.

Mais, comme dans tous les cas et en vertu de l'article 1347, le commencement de preuve suppléerait à la preuve écrite, en rendant la preuve testimoniale admissible.

1326. — De ce que le mari n'est pas tenu de garantir l'acquéreur de mauvaise foi, il ne s'ensuit pas qu'il puisse être dispensé de rendre le prix qu'il aurait reçu. L'inaliénabilité de la dot n'a pas été imaginée pour enrichir le mari, dont l'action n'est reçue pendant le mariage que parce qu'on l'a supposée dirigée dans l'intérêt de la femme et des enfants : *Non in suum, sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum* [2].

L'obligation pour le mari est absolue, elle résulte de sa seule présence à l'acte. Il importe donc peu qu'il ait vendu seul ou conjointement avec sa femme. Le fait seul de n'avoir paru au contrat que pour autoriser sa femme déterminerait le même résultat. On suppose, dans ce cas, que la conduite de la femme n'a été que la conséquence de l'autorité du mari, et que celui-ci ayant, *ut potentior*, déterminé le consentement, a réellement touché le prix d'une vente uniquement faite dans son propre intérêt : *Pretium rei dotalis alienatæ præsumitur ad virum pervenisse* [3]. A plus forte raison en serait-il ainsi dans l'hypothèse prévue par l'auteur, à savoir : si le mari et la femme déclaraient avoir reçu conjointement : *Quamvis in instrumento venditionis ambo confiterentur recipere pretium.*

1327. — La femme qui seule a vendu, qui seule a reçu le prix, n'est tenue de restituer que ce dont son patrimoine s'est réellement augmenté. C'est ce qui résulte très-expressément de la disposition de l'article 1312 du Code civil. C'est à celui qui allègue le profit à le prouver, et, à cet égard, il est bon de constater que la preuve que le prix réclamé a été versé dans le ménage ou a servi à payer des dettes personnelles à la femme, ne suffirait pas pour autoriser la restitution. Dans le premier cas, en effet, la femme n'a retiré aucun profit distinct et appréciable; dans le second cas, on ne verrait qu'une aliénation indirecte de la dot pour un motif que la loi n'a pas inscrit au nombre de ceux pour lesquels elle l'autorise quelquefois; il faudrait, pour que la preuve fût utile, qu'on établît que le prix est devenu l'objet d'un placement fait au nom de la femme, en percevant encore les revenus; de l'achat d'un immeuble ou de rente encore en sa possession. Dans l'un comme dans l'autre cas, la femme, ne pouvant retenir et le bien dotal et sa valeur, serait tenue, en reprenant celui-ci, de restituer celle-là, le but de la loi étant la conservation de la dot, et non d'enrichir, même la femme, au détriment de l'équité et de la justice.

1328. — L'obligation pour le mari de restituer le prix reçoit exception lorsqu'en déclarant la dotalité, ou n'assistant au contrat que pour autoriser sa femme, le mari a formellement stipulé qu'il est affranchi de tout recours, de toute garantie. Mais cette exception est elle-même soumise à une condition, à savoir : que le mari ne poursuivra pas lui-même la révocation de l'aliénation. Ainsi, dit Delvincourt, la clause de non-garantie sortirait à effet, si la rescision de la

[1] Troplong, art. 1560, n° 3535. *Vide* Delvincourt, t. III, p. 115; Bellot, t. IV, p. 190.

[2] Voet, l. 6, t. 1, n° 19, *de rei vendicat.*

[3] Deluca, *de empt.*, disc. 22, n° 6.

vente était poursuivie par la femme. Si le mari avait lui-même intenté l'action, on devrait l'obliger à restitution, comme tenu de ses faits [1]. Cette distinction, on le voit, trouve son fondement dans les articles 1628 et 1629 du Code civil.

1329. — On connaît le motif donné par Justinien à la prohibition d'aliéner le fonds dotal : *Ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.* Ainsi ce que la femme accomplit pendant le mariage est censé le résultat de l'obsession du mari, et de sa propre faiblesse. C'est ce qui explique parfaitement le recours que la loi lui donne contre ses propres actes.

La faculté de provoquer la révocation de la vente qu'elle a faite du fonds dotal lui est nommément conférée par l'article 1560. Mais cette faculté, elle ne peut l'exercer pendant le mariage. Le mari, maître de la dot, a seul toutes les actions s'y rapportant.

1330. — La dissolution du mariage rend à la femme toute sa liberté, et avec elle toutes les actions dont l'exercice peut être indispensable pour assurer la restitution de la dot. Au nombre de ces actions, et au premier rang, se place celle de la révocation de l'aliénation du fonds dotal. La femme peut donc alors librement la poursuivre, sauf les exceptions que nous verrons plus tard lui être opposables.

La séparation de biens, sans dissoudre le mariage, met un terme à ses effets immédiats sur la dot. La femme en reprend la libre possession et jouissance, et, dès lors, elle acquiert le droit d'exercer les actions s'y référant, et de poursuivre les tiers qui en seraient les détenteurs. La séparation de biens produit, quant à ce, un effet analogue à celui résultant de la dissolution.

1331. — Le droit de la femme passe à ses héritiers, mais, comme la femme elle-même, ceux-ci peuvent être déclarés déchus de la faculté de l'exercer. Les exceptions opposables à la femme peuvent être opposées à ses héritiers.

1332. — Quel que soit le demandeur en révocation, que l'acquéreur ait ou non le droit d'exiger la restitution du prix, la rétention préalable de l'immeuble ne saurait être ordonnée. Le bien dotal n'est pas susceptible d'être vendu, il est placé par la loi hors du commerce pendant le mariage. Il suffit donc qu'il soit revendiqué, pour qu'il doive immédiatement rentrer dans les mains de son propriétaire légitime. Cette volonté expresse de la loi est inconciliable avec la faculté de le retenir jusqu'à restitution du prix, car la conséquence de cette faculté consacrerait, dans bien des cas, son aliénation définitive par l'impuissance dans laquelle les époux se trouveraient d'opérer cette restitution. De plus, ce serait affecter le fonds dotal au payement des dettes soit du mari, soit de la femme, ce qui est également prohibé par la loi. Ce double motif a fait, avec raison, refuser la faculté de retenir l'immeuble dotal, même jusqu'à ce que les améliorations qui doivent être restituées aient été définitivement fixées [2].

1333. — La vente du fonds dotal peut-elle devenir la matière d'un cautionnement valable? Cette question a soulevé une vive controverse et profondément divisé les auteurs.

1334. — A la tête de ceux qui soutiennent la négative, nous rencontrons le nom si recommandable de Merlin, étayant son opinion sur l'autorité de Serres et de Dupérier dans l'ancien droit. Et cette indication a été depuis acceptée par tous, comme conforme à la vérité. Seulement ceux qui soutiennent l'avis contraire se sont contentés de reprocher à ces deux jurisconsultes célèbres d'avoir manqué, dans cette circonstance, de l'esprit judicieux qui les distingue dans toutes les occasions.

Mais Serres et Dupérier ne méritent pas ce reproche. Aucun d'eux n'a soutenu l'opinion que leur prête Merlin, ce dont il nous a été facile de nous convaincre en recourant à leurs œuvres.

Serres n'examine pas même notre question. Il est vrai qu'il enseigne que le mari peut, pendant le mariage, faire révoquer l'aliénation du bien dotal qu'il aurait lui-même consentie. Mais il y a loin de cette faculté à la nullité du cautionnement formellement donné par lui ou par tout autre, et l'existence de la première n'est certainement pas inconciliable avec la validité de celui-ci. Accorder l'une ne peut donc être considéré comme l'exclusion de l'autre, sur laquelle d'ailleurs, nous le répétons, Serres est complétement muet.

Il y a plus; tout fait présumer que si Serres eût examiné la question, il l'eût résolue dans un sens contraire à celui que lui prête Merlin. Serres écrivait dans le ressort du parlement de Toulouse. Or, comme l'enseigne Catelan, la jurisprudence de ce parlement admettait la garantie du mari, lorsque cette garantie avait été expressément stipulée.

Il n'en était pas de même du parlement d'Aix, et, quoique un arrêt du 27 juin 1631 eût pro-

[1] T. III, p. 114, note.

[2] Cass., 12 mai 1840; Limoges, 10 fév. 1844; D. P., 40, , 225; 45, 2, 150.

noncé dans le sens de la jurisprudence de Toulouse, l'opinion contraire avait prévalu. C'est ce que Dupérier atteste lui-même. Est-ce à dire qu'il approuvât cette doctrine? Mais, pour l'admettre ainsi, il faut fermer les yeux à l'évidence. Il faut surtout ne pas lire le jugement qu'il en porte lorsqu'il écrit : *C'est une jurisprudence qui m'a toujours paru fort étrange, et de laquelle on ne peut alléguer de raison solide, quoi que le sieur de Saint-Jean en ait dit, car il n'y a point d'exemple, dans tout le droit, qui décharge, des dommages-intérêts de l'éviction, celui qui l'a promise, bien que l'acheteur sût le vice du contrat; comme en la vente d'un bien substitué, ou en celle d'un bien appartenant à autrui, ou d'un fonds d'un pupille, quand le tuteur s'est obligé lui-même aux dommages-intérêts en son propre nom; il en serait de même de l'acheteur d'une chose dérobée, encore qu'il l'eût su, si le vendeur lui en avait promis les dommages-intérêts en cas d'éviction* [1].

Voilà l'opinion de Dupérier, et certes elle qualifie assez durement la nullité du cautionnement, pour qu'il n'y ait aucun doute sur la manière dont il l'envisageait. C'est donc par une évidente erreur que Merlin l'a mis au rang des adversaires de sa validité. Il ne pouvait d'ailleurs en être ainsi sans placer ce jurisconsulte dans une contradiction flagrante avec lui-même. Ne vient-il pas de dire, en effet, que la prohibition d'aliéner le bien dotal, *primario spectat utilitatem privatam, secundario publicam; qu'en conséquence sa nullité était purement respective.* Or ce caractère relatif exerce sur la question une influence décisive.

1335. — En effet, qu'une nullité radicale, absolue, uniquement dictée par l'intérêt public, par la morale, par les bonnes mœurs, ne puisse devenir la matière d'un cautionnement, cela se conçoit sans peine. En pareille circonstance, le fait lui-même étant illicite, ne pouvant former la matière d'un engagement principal, ne saurait devenir celle d'un engagement accessoire. La loi, protestant contre le premier, ne cesse pas de protester également contre le second, sa validité ne pouvant amener pour résultat unique que la consécration d'un fait prohibé par la loi. Il est donc évident que ce qui fait proscrire l'obligation doit faire également proscrire le cautionnement.

Il ne saurait en être de même pour la nullité relative. Le fait qui la motive n'est pas absolument incompatible avec l'intérêt public, avec la morale ou les bonnes mœurs. Sa prohibition a sa principale origine dans la position particulière d'une des parties, qui demeure l'arbitre souverain du sort futur de la convention. Le silence qu'elle s'imposera est un fait licite, dès lors aussi la garantie qu'on promet n'est plus que l'obligation de faire garder ce silence. Elle a donc pour objet un fait si peu condamné par la loi, qu'elle le consacre elle-même, en permettant que la vente du bien dotal soit ratifiée expressément ou tacitement. Cautionner cette vente, c'est promettre cette ratification et conséquemment souscrire une obligation que rien ne défend.

Ces conséquences du caractère de la nullité devaient saisir les éminents jurisconsultes qui nous ont devancé et qui sont restés nos maîtres. Elles devaient les conduire à proclamer la validité du cautionnement donné à la vente du bien dotal. Ce que la loi voulait, c'était la conservation de la dot; mais le principe admis, son application était laissée à l'arbitrage de la partie en faveur de laquelle la prohibition était plus particulièrement édictée. Le cautionnement ne faisait aucun obstacle à ce que le bien dotal fût intégralement restitué; qu'importait donc à l'ordre public que le cas de restitution arrivant, des tiers qui s'y étaient volontairement et librement soumis fussent tenus à des dommages intérêts? Du tiers à l'acheteur il n'existe aucun empêchement, ni quant à la capacité des personnes, ni quant à la disponibilité des biens [2].

1336. — Sous l'empire du Code civil, l'aliénation du fonds dotal n'ayant pas cessé d'être, dans ses causes et dans ses effets, ce qu'elle était sous l'ancien droit, on ne saurait consacrer, pour ce qui concerne le cautionnement, une doctrine différente de celle que nous venons d'exposer. Les raisons que Merlin donne pour établir le contraire sont loin d'être concluantes.

Merlin, en effet, les puise exclusivement dans la discussion législative que l'article 1560, et notamment la faculté pour le mari de faire révoquer lui-même la vente du bien dotal, suscita dans le sein du conseil d'État. Il rappelle que cette faculté fut surtout déterminée par l'observation de Malleville que la vente, étant radicalement nulle, ne pouvait être opposée à personne.

Remarquons cependant que le doute ne s'éle-

[1] Dupérier, *Maximes de droit*, liv. V, t. I, p. 525.

[2] Voy. Lebrun, *de la Communauté*, l. II, ch. III, sect. IV, n° 29; Catelan, l. 5, c. 7, t. II, p. 233; Dupin sur Ferrou, Let. E, n° 52; Lavignerie, v° *Garantie*, art. 3; deux arrêts du parlement de Bordeaux, des années 1725 et 1727; du parlement de Toulouse, du 20 mars 1776.

vait pas sur la question de savoir si cette faculté devait ou non être conférée au mari. La principale difficulté avait trait aux effets légaux de la révocation. Le mari devait-il être condamné à des dommages-intérêts, dans le cas même où l'acheteur avait connu la dotalité? Ainsi le voulait Pelet, car, disait-il, le tiers peut acheter dans la persuasion que la vente se réduirait pour lui en des dommages-intérêts. Mais l'article 1560 nous apprend que cette opinion fut repoussée.

Il résulte de là que la vente du fonds dotal n'entraîne légalement aucune garantie, lorsque le contrat prouve que l'acheteur a connu ou pu connaître le vice de la chose. Mais, de cette absence de garantie légale, faut-il conclure à la nullité de celle conventionnellement stipulée? C'est là ce que les débats législatifs n'autorisent pas de faire, car ils sont complétement muets sur celle-ci.

Nous avouons cependant que cette conclusion serait rationnelle et forcée, si la nullité de la vente était radicale et absolue. Mais c'est ce que nous contestons avec la raison et la loi elle-même.

La prohibition de l'aliénation du fonds dotal est un statut purement réel. Il résulte de là que les époux, consentant cette aliénation, n'excèdent pas leur capacité. Ainsi, dit Troplong, considérée en soi, la femme mariée sous le régime dotal n'est pas plus incapable de vendre son immeuble que la femme mariée sous le régime de la communauté.

Ce qui fait que l'aliénation ne vaut pas, *non valet*, c'est que l'immeuble est temporairement frappé d'indisponibilité, non pas certes en vertu du droit naturel, mais par suite d'une loi purement arbitraire, dont le fondement est d'abord l'intérêt de la femme et des enfants; l'intérêt public n'est que sur le second plan; il n'existe, en effet, que lorsque l'intérêt privé, passant de l'individu à la famille, acquiert les proportions d'un intérêt général.

Mais la faveur que la loi accorde à un point de vue général n'en reste pas moins, au point de vue de chaque personnalité, une faveur purement privée, à laquelle chacun peut renoncer, au gré de ses convenances ou de son utilité. Renfermée dans ces limites, cette renonciation ne met en péril ni l'intérêt général, ni l'ordre public. Il est vrai que, même dans ces termes, la loi ne la consacre pas, mais elle la tolère tant qu'il plaît à la partie intéressée de la respecter. Elle fait plus encore, elle en impose l'exécution dans certains cas, preuve évidente qu'au fond même de l'aliénation du bien dotal, il y a une obligation naturelle dont il faut tenir compte.

N'est-ce pas cette obligation naturelle qui permet à la femme ou à ses héritiers de ratifier expressément en temps licite? N'est-ce pas elle qui fait déduire cette ratification de l'exécution donnée à la vente après la dissolution du mariage? N'est-ce pas elle, enfin, qui rend la vente inattaquable par dix ans d'inaction et de silence à partir de cette dissolution? Tout cela est-il conciliable avec l'idée d'une nullité radicale et absolue? Supposez une obligation illicite ou immorale, par exemple un contrat usuraire ou une association de délits, est-ce qu'on pourra la ratifier expressément ou tacitement? Est-ce qu'elle pourra jamais acquérir un lien obligatoire par le silence ou l'exécution plus ou moins prolongée? Si tout cela se réalise pour la vente du bien dotal, c'est donc que cette vente n'est ni immorale, ni illicite, et que, dès lors, la nullité, quoique de droit, n'est ni radicale, ni absolue.

1337. — Notre conclusion est plutôt renforcée que détruite par la discussion au conseil d'État. En effet, l'article 1560 avait été primitivement rédigé en ces termes : Si, hors les cas d'exceptions qui viennent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliènent le fonds dotal, l'aliénation *sera radicalement nulle*. C'est précisément ce qui faisait dire à de Malleville qu'une vente, ainsi qualifiée, ne pouvait être *opposée à personne, car elle n'existait pas*.

Mais cette rédaction communiquée au tribunat, celui-ci demanda et obtint la suppression de ces mots : *sera radicalement nulle*. Il fit observer qu'ils n'ajoutaient rien à la nullité légale, et que des difficultés pourraient naître sur son interprétation ; l'effet de la nullité est assez déterminé dans la rédaction proposée par la faculté de révoquer l'aliénation [1].

Or, il s'en faut que la faculté donnée au mari par l'article 1560 exige que la nullité soit considérée comme radicale et absolue. A côté de la qualité de vendeur, existe pour le mari celle d'époux, celle de père. L'action qu'on eût dû refuser à la première était impérieusement commandée par les deux dernières, et c'est en l'une d'elles que le mari est censé agir dans l'action en revendication du bien dotal. Rappelons-nous ce que Voet nous disait naguère à ce sujet : *Non in suum, sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum*.

[1] Fenet, t. XIII, p. 619.

Ainsi, la nullité est purement relative, et de là nous tirons cette conséquence : que la vente du fonds dotal, renfermant une obligation morale, un lien naturel, est susceptible d'être valablement cautionnée. Ce n'est qu'en lui donnant un caractère absolu et radical qu'on a soutenu que la nullité de l'aliénation entraînait celle de toutes les obligations accessoires. Zachariæ seul admet cette dernière, tout en reconnaissant le caractère relatif de l'autre [1], mais cette opinion manque évidemment de logique. Elle est, de plus, formellement contredite par l'auteur lui-même, admettant, quelques pages plus bas, la validité du cautionnement de la femme [2].

1338. — La jurisprudence se prononce pour le cautionnement, soit en déclarant en principe que la nullité est relative, soit en validant les engagements pris à cet effet. Ainsi, un arrêt de la cour de cassation, du 3 août 1825, a déclaré que le cautionnement, donné à l'aliénation du bien dotal par les enfants de la venderesse, devait sortir à effet. C'est ce qu'avait jugé la cour de Bordeaux ; c'est ce que juge la cour suprême, en rejetant le pourvoi.

Ce qui a été jugé dans cette espèce contre les enfants a été décidé contre le mari par arrêt de la cour de Grenoble, du 16 février 1847 [3].

1339. — Ce qui est admis contre le mari et les enfants le serait inévitablement contre les tiers. Devrait-il l'être également contre la femme ?

Ici encore le caractère relatif de la nullité doit exercer l'influence la plus décisive. La vente n'est certainement annulable qu'à cause de l'indisponibilité de l'immeuble aliéné. Supposez que cette indisponibilité n'existât pas, la vente sortirait à effet, si d'ailleurs elle était irréprochable sous le rapport de la capacité personnelle des parties. Or, c'est ce qui arrive lorsque la femme, dûment autorisée, traite de ses paraphernaux.

Conséquemment, si la vente du bien dotal peut être valablement cautionnée, si les paraphernaux, pouvant être aliénés, peuvent être engagés, on ne voit pas les motifs qui porteraient à faire annuler le cautionnement donné par la femme.

En effet, dit Duranton, si une femme dûment autorisée s'était portée fort de faire avoir à Paul la maison de Jean, elle serait bien tenue d'après l'article 1120, au cas où Jean ne voudrait pas ratifier son engagement, et cependant elle ne pouvait pas plus disposer de la chose d'autrui que de son immeuble dotal. Nous avons vu plus haut que la vente du fonds dotal est bien nulle sous le rapport de l'aliénation, mais non pas en ce sens que cette vente ne puisse être la matière d'un cautionnement. La loi n'avait aucune raison de le vouloir ainsi ; pourquoi donc la femme ne pourrait-elle se cautionner en quelque sorte elle-même à cet égard par une promesse de garantie? Elle n'aliènera pas, encore une fois, son immeuble dotal ; elle s'obligera seulement sur ses paraphernaux, et le Code ne le défend pas, loin de là [4].

Cette opinion a été consacrée par la cour de cassation le 5 mai 1818, par la cour de Grenoble le 16 janvier 1828. L'un et l'autre de ces arrêts constatent que la promesse de garantie, formellement stipulée par la femme, n'empêche pas de poursuivre la révocation de l'aliénation du bien dotal, mais qu'elle oblige la femme sur ses biens paraphernaux.

L'opinion contraire a cependant été, depuis, consacrée par un arrêt de la cour de Limoges, du 10 février 1844 [5] ; mais ce qui enlève à cet arrêt toute autorité juridique, c'est qu'il considère, comme radicale et absolue, la nullité de la vente du fonds dotal, et qu'il n'admet celle du cautionnement que comme une conséquence de ce caractère. Or, nous avons prouvé que c'est là une erreur évidente qui, seule, doit faire proscrire le système dont elle est l'unique fondement.

1340. — Nous compléterons notre démonstration sur ce point en transcrivant un arrêt de la cour d'Aix encore inédit, et qui nous paraît avoir fait une saine et remarquable appréciation des véritables principes. Cet arrêt, rendu le 9 juillet 1849, s'exprime en ces termes :

« Considérant que si, aux termes de l'article 1554 du Code civil, la vente du bien dotal est nulle, cette vente n'est ni immorale, ni contraire à l'ordre public, ni d'un objet placé hors du commerce ;

« Que, d'après l'article 1560 du même Code, la femme a seulement la faculté de faire révoquer cette aliénation ; qu'elle peut, après la séparation de corps ou la dissolution du mariage, renoncer à cette faculté, soit expressé-

[1] T. III, p. 579.

[2] Voyez, pour la validité du cautionnement, Duranton, t. XV, n° 525 ; Duport-Lavilette, quest. D. D., t. III, p. 65; Tessier, t. II, notes 639, 691 ; Rodière et Pont, t. II, p. 437, nos 588 et 592; Troplong, *Contrat de mariage*, art. 1554 et 1560, et *du Cautionnement*, n° 87 ; Ponsot, *Cautionnement*, n° 55 ; Bellot, t. IV, p. 200.

[3] Sirey, 48, 2, 55.

[4] T. XV, n° 530 ; voy. Rodière et Pont, t. II, n° 492 ; Toullier, t. V, p. 535 ; Tessier, t. II, p. 6 et suiv.; Zachariæ, t. III, p. 581.

[5] D. P., 45, 2, 150.

ment, en ratifiant; soit tacitement, en exécutant d'une manière complète le contrat;

« Que même son droit peut être atteint par la prescription, si elle ne réalise pas son action dans le délai de la loi;

« Que, d'autre part, les tiers qui ont contracté avec elle ne peuvent invoquer la nullité de la vente;

« D'où il suit qu'il ne s'agit là que d'une nullité relative, susceptible d'être valablement garantie, exemple l'article 2012 du Code civil;

« Qu'on peut dire qu'il y a, dans le contrat, deux obligations distinctes : l'une principale, susceptible d'être annulée; l'autre secondaire, parfaitement valable et devant sortir à effet;

« Que ces principes ne sont plus aujourd'hui sérieusement contestables; que leur conséquence immédiate est de repousser l'application des articles 1131 et 1133 du Code civil;

« Considérant que si la vente d'un immeuble dotal peut être valablement garantie par des tiers, par le mari lui-même; que si, d'autre part, la femme peut aussi valablement garantir sur ses paraphernaux, l'obligation annulable d'un tiers ou de son mari, on ne comprend pas comment elle ne pourrait pas garantir, sur ces mêmes biens, son obligation personnelle et naturelle;

« Qu'il est certain que la femme mariée, même dotalement, n'est pas incapable et peut, avec l'autorisation de son mari, contracter toute espèce d'obligation; qu'elle a aussi la libre disposition de ses paraphernaux. Si donc elle peut en disposer d'une manière directe et même en abuser, il ne peut lui être prohibé d'en disposer d'une manière indirecte, en les soumettant à l'exécution d'une obligation annulable, par elle contractée;

« Qu'aucun texte de loi ne prohibe une pareille stipulation;

« Considérant que, par sa promesse de garantie, la femme ne confirme pas, d'une manière définitive, son aliénation; qu'elle ne renonce pas à son droit de révocation; que, par conséquent, elle ne rend pas illusoires les dispositions des articles 1554 et 1560 du Code civil, puisque, malgré cette garantie, elle peut toujours reprendre son bien dotal; seulement, prévoyant le cas où elle usera de ce droit, elle s'oblige à garantir sur ses paraphernaux, dont elle a la libre disposition; le principe de conservation de la dot est donc parfaitement respecté;

« Considérant qu'on a soutenu à tort que l'obligation sur les paraphernaux, pouvant réfléchir contre la dot, devait être annulée; car une action ne réfléchit contre une personne ou une chose que lorsque cette chose ou cette personne se trouve par là obligée; or, dans l'espèce, la dot n'a jamais été obligée ni engagée; elle rentre, au contraire, dans les mains de la femme ou de ses héritiers entière, franche et libre de toute charge;

« Qu'on soutient, plus vainement encore, que la femme qui vend son bien dotal sans en faire connaître la nature, n'étant pas tenue de la garantie légale de tout vendeur, ne peut, par voie de conséquence, se soumettre à la garantie conventionnelle;

« Ce principe, qu'on veut faire découler, par un argument *a contrario*, du paragraphe de l'article 1560, est fort contestable en lui-même, et la conclusion qu'on en tire n'est ni logique, ni exacte;

« Pourquoi la garantie expresse et formelle de la femme ne sortirait-elle pas à effet? C'est, dit-on, parce qu'on suppose la femme subjugée par la puissance maritale; mais alors il faudrait annuler, par le même motif, tous les engagements contractés par elle, même sur ses paraphernaux, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il y aurait abus de pouvoir, et le consentement serait vicié par défaut de liberté; or, cela n'existe pas au procès actuel;

« S'il était vrai que la femme ne dût pas, de plein droit, de dommages-intérêts à son acquéreur, ce serait uniquement pour punir la faute de celui-ci, qui, en traitant avec une femme mariée de la vente d'un immeuble, a négligé de se faire représenter le contrat de mariage ou de rechercher l'origine et la nature du bien vendu; dans ce cas, on lui reprocherait, à bon droit sans doute, de n'avoir pas exigé des garanties; il doit donc en être autrement quand la dotalité a été connue, et qu'à cause du danger d'éviction, l'acquéreur a réclamé et obtenu de la femme une garantie sur ses biens libres. »

1341. — On a agité la question de savoir si les époux vendant, comme libres, le bien dotal, peuvent être considérés et punis comme stellionataires. La négative nous paraît résulter de la disposition de l'article 1560 du Code civil.

Cet article forme une législation spéciale, quant à la vente du bien dotal. Il la soustrait donc aux principes généraux en matière de vente ou d'hypothèque du bien d'autrui, et cela avec d'autant plus de raison, qu'il y a une antinomie parfaite entre ses dispositions et ces mêmes principes généraux.

Ainsi, comment soutenir que la femme, ayant dissimulé la dotalité du fonds aliéné ou hypo-

théqué, pourra, comme stellionataire, être condamnée à des dommages-intérêts, avec contrainte par corps, elle que l'article 1560 déclare, dans ce même cas, n'être passible d'aucuns dommages-intérêts?

Sans doute il n'en est pas de même du mari; il est tenu à des dommages-intérêts, s'il a laissé ignorer la dotalité; mais c'est là l'unique peine qu'il encourt. On ne saurait donc lui en appliquer une autre, et cela avec d'autant plus de raison, que l'acte qu'il commet, en vendant comme sien le bien dotal, ne constitue pas, à proprement parler, un véritable stellionat.

En effet, observe Troplong, le mari est le maître de la dot, *dominus dotis;* il a, sur les biens la composant, un droit d'administration tellement absolu, qu'on peut l'assimiler à une copropriété. N'est-ce pas en vue de cette copropriété qu'il est admis à revendiquer seul pendant le mariage? qu'il perçoit les fruits à son profit[1]?

La disposition qu'il en fait n'est donc pas, à proprement parler, la disposition de la chose d'autrui, et, quelque puissante que soit l'assimilation, il ne peut en être admis aucune en matière de stellionat. Une peine ne peut être encourue que dans les limites strictes, déterminées par la loi.

D'ailleurs, prononcer la contrainte par corps en matière de vente ou d'hypothèque du bien dotal, ce serait aller contre l'intention formelle du législateur et créer des engagements qui réfléchiraient contre la dot. En effet, celle-ci est aliénable pour tirer l'époux de prison; conséquemment, si son aliénation par celui-ci faisait prononcer l'emprisonnement, l'exécution du jugement nécessiterait une aliénation légale. De cette manière, la dot se trouverait indirectement atteinte par un acte auquel l'article 1560 a voulu refuser tout effet légal.

Ainsi, l'unique réparation due à l'acquéreur trompé sur la nature de la chose vendue est celle édictée par l'article 1560. C'est ce que la cour de Toulouse a expressément décidé le 22 décembre 1834.

1342. — L'action en révocation de la vente de l'immeuble dotal ne peut, durant le mariage, être exercée que par le mari; elle n'appartient à la femme que du jour de sa dissolution ou de la séparation de biens. Les créanciers de l'un ou de l'autre sont-ils recevables à la faire valoir?

Aucun doute ne peut s'élever à l'égard des créanciers du mari. C'est comme chef du ménage qu'il est surtout autorisé à agir, et cette qualité, éminemment personnelle, ne peut être, dans aucun cas, revendiquée par qui que ce soit.

Il n'en est pas de même des créanciers de la femme. Aussi a-t-on soutenu, d'une part, qu'à défaut de poursuites de sa part, ses créanciers sont recevables à faire révoquer l'aliénation dans tous les cas, en tant cependant que leurs droits seraient de nature à être exercés sur la dot[2]; d'autre part, on a distingué et enseigné que la prétention des créanciers devrait être admise ou repoussée, selon que la femme paraît ou non obligée en conscience à respecter l'aliénation[3].

S'il fallait opter entre ces deux opinions, nous n'hésiterions pas à adopter cette dernière. Mais il en est une autre qui nous paraît préférable, c'est celle qui refuse aux créanciers le droit d'intenter l'action.

Il suffit, à nos yeux, que l'aliénation du bien dotal crée une obligation naturelle, un lien moral, pour qu'on doive reconnaître à la femme seule le droit d'en mesurer la portée et de la respecter dès qu'elle s'y croit obligée. Ce droit nous paraît, d'ailleurs, la conséquence directe de la faculté de ratifier, qui ne lui a jamais été contestée.

L'obligation naturelle existe surtout lorsque la femme a retiré un profit quelconque du prix du bien dotal. Ce profit a pu se réaliser dans le cas de vente par le mari seul, si le prix qu'il en a retiré, réellement versé dans le ménage, en a défrayé les besoins et assuré le bien-être. Sans doute ce profit n'est pas celui que la loi entend pour mettre la restitution du prix à la charge de la femme, mais, dans le for intérieur, la femme est obligée. Doit-on, lorsque, obéissant à un sentiment de justice, elle veut conformer ses actions aux inspirations de sa conscience, lui faire un devoir d'en agir autrement?

De quoi, d'ailleurs, peuvent se plaindre les créanciers? S'ils ont acquis cette qualité durant le mariage, le bien dotal ne leur a jamais été affecté; on ne leur permettra pas même de l'exécuter après la dissolution. Que leur importe donc l'inaction de la femme?

S'ils ont traité avec la femme depuis sa viduité, la prétendue libéralité qu'ils verraient dans l'abandon de l'action en révocation ne leur préjudicie nullement, en ce sens qu'ils n'ont pu raisonnablement compter sur un bien que leur débitrice ne possédait pas au moment où elle prenait cette qualité. Ils seraient, de plus, non

[1] *Contrat de mariage*, nos 3007, 3098, 3539.
[2] Zachariæ, t. III, p. 579, note 12.
[3] Rodière et Pont, t. II, p. 435, n° 583.

recevables à prétendre qu'elle a été faite en fraude de leurs droits. On peut donc, sans crainte, les maintenir dans un état de choses qu'ils ont volontairement accepté.

Singulière moralité d'un système qui ne permettrait pas à une femme pieuse, dévouée à la mémoire de son mari, de l'honorer encore après sa mort en cachant la fraude qu'il a commise! qui lui ferait, au contraire, un devoir de publier sa turpitude et de souiller sa tombe par le scandale d'un pareil procès! d'imposer, enfin, à des héritiers qui peuvent être ses propres enfants, et une flétrissure morale et la charge de restituer un prix dont elle a partagé le bénéfice et dont, en conscience, elle se considère comme codébitrice! Non, la loi n'a pu autoriser ni moins encore commander une pareille conduite, et voilà pourquoi, reculant devant son immoralité, nous ne reconnaissons pas aux créanciers le droit de la contraindre, sous peine d'intervenir eux-mêmes.

D'ailleurs, la femme qui se tait se reconnaît liée par un devoir de conscience. Est-ce qu'en matière pareille elle n'est pas le juge seul compétent pour le décider? Sa décision doit donc être acceptée par tous; nul ne peut être autorisé à rompre le silence qu'un sentiment d'honneur, de pitié, de justice lui fait garder.

1343. — L'action de la femme passe à ses héritiers, et ce que nous refusons aux créanciers de la femme, nous l'accordons aux créanciers de ceux-ci. Ils pourront donc exercer l'action que les héritiers négligeraient de faire valoir. Alors, en effet, il n'y a plus de biens indisponibles au regard de certains créanciers; quels qu'ils aient été, ces biens, arrivant entre les mains de l'héritier, deviennent, indistinctement, le gage des créanciers, alors même que leurs titres seraient antérieurs au décès de la femme. L'éventualité d'un héritage profite aux créanciers qui ont pu l'entrevoir et y compter, car c'était là une chance qui devait se réaliser sans que l'héritier eût personnellement à la déterminer.

1344. — Cependant cette règle reçoit exception, notamment : 1° Si les héritiers de la femme avaient eux-mêmes acquis le bien dotal. Il est évident qu'on ne saurait leur imposer l'obligation de se faire un procès à eux-mêmes, et surtout qu'en ne le faisant pas, ils ne se rendent pas coupables d'une fraude contre les droits de leurs créanciers. Ceux-ci ne trouveraient à étayer leur demande ni sur l'article 1166, ni sur l'article 1167; ils seraient donc non recevables à l'intenter.

2° Si les héritiers de la femme étaient également les héritiers du mari. Mais cette exception est subordonnée à la condition que le mari serait tenu à garantie. En effet, l'existence de cette obligation ferait surgir contre les héritiers l'application de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Dans ce cas encore, les créanciers, ne pouvant agir que comme les ayants cause de leurs débiteurs, subiraient, comme ceux-ci, l'effet de cette fin de non-recevoir péremptoire.

Indépendamment de ces exceptions personnelles aux héritiers, ceux-ci ou leurs créanciers pourraient être écartés par celles opposables à la femme elle-même. Celles-ci sont, on le sait, la ratification et la prescription.

1345. — La ratification, pour être utilement opposable, doit avoir été donnée à une époque où le fait déterminant le vice de l'acte a complétement disparu et où, par conséquent, les parties seraient toutes libres de contracter. Or, cette époque pour le vice de dotalité ne peut être que celle de la dissolution du mariage; elle seule, en effet, fait disparaître l'indisponibilité du bien qui en est affecté. La séparation de biens change le régime matrimonial, quant à la jouissance des biens dotaux qu'elle confère à la femme, mais elle n'affecte en rien le caractère des biens. Ce qui était inaliénable avant la séparation reste inaliénable après. Toute disposition qui en serait faite continue donc d'être interdite. A ce titre, la ratification expresse ou tacite resterait sans effet.

La ratification donnée en temps opportun ne serait susceptible d'aucune difficulté, si elle était expresse. L'article 1338, qui en détermine les conditions, en règle les effets.

1346. — Il n'en est pas de même de la ratification tacite : elle résulte de l'exécution donnée à l'acte, et la nature de cette exécution est dans le cas de soulever des doutes sérieux. On s'est, entre autres, demandé si la réception par la femme, depuis la dissolution du mariage, des intérêts échus du prix de l'aliénation constituerait une ratification valable.

Nous avons dit ailleurs que, dans les actes constitutifs de la ratification tacite, on devait exiger la réunion, autant que possible, des caractères prescrits à la ratification expresse, à savoir : qu'ils impliquassent la connaissance du vice et l'intention de le purger [1]. C'est par application de cette règle que nous résoudrons la difficulté proposée.

[1] Voy. *suprà*, n° 595.

Nous distinguerons donc le cas où l'aliénation a été consentie par la femme, soit séparément, soit conjointement avec son mari, du cas où l'aliénation procède du mari seul.

Dans le premier, la femme n'a pu ignorer ni la nature, ni la cause du payement qui lui est offert. Son droit de refuser est incontestable, puisque la dissolution lui a conféré l'action en nullité de l'aliénation, et ce droit, elle l'exercera si son intention est de poursuivre cette nullité. A quoi bon, en effet, exécuter un contrat dont elle entend se délier, qu'elle doit considérer comme n'existant plus et ne devant produire aucun effet? Si, au lieu de refuser, elle accepte, on ne peut voir là qu'une exécution volontairement et librement donnée à un contrat dont elle connaît parfaitement le vice, dont cette exécution le purge suffisamment. Dirait-elle qu'elle n'a cru recevoir que les revenus de l'immeuble? Mais une pareille excuse ne serait pas acceptable de la part de celle qui connaît la vente dont cet immeuble a été l'objet et à laquelle elle a participé, si elle ne l'a pas consentie seule.

Dans la seconde hypothèse, la femme a pu ignorer la vente faite par le mari seul. Le fait unique d'avoir accepté l'intérêt du prix spontanément offert par l'acquéreur pourrait ne pas paraître une ratification valable. Les faits et circonstances au milieu desquels ce payement a été effectué, son époque plus ou moins rapprochée du décès du mari, peuvent être utilement consultés et devenir des éléments essentiels de l'appréciation que la loi laisse à la prudence et aux lumières des juges.

Mais la ratification résulterait infailliblement des payements géminés, successivement reçus par la veuve. L'erreur, possible lors d'un premier, ne saurait être admise pour un second, pour un troisième, car l'intervalle qui s'est écoulé entre l'un et l'autre a laissé à la femme le temps nécessaire pour s'instruire de ce qu'est devenue sa dot et de connaître, par conséquent, la disposition illicite qu'en avait faite le mari. Dès lors, aussi, reviennent les considérations exposées dans la première hypothèse. Le payement accepté en connaissance du vice ne peut être considéré que comme la volonté formelle de purger celui-ci.

Il en serait à plus forte raison ainsi, même dans le cas d'un payement unique, si ce payement n'avait été effectué qu'à la suite de poursuites exercées pour le déterminer. L'existence de ces poursuites enlève toute équivoque sur l'intention de la partie qui les a dirigées. On mentirait à l'évidence si on ne les considérait pas comme une exécution volontaire et formelle du titre, et, par conséquent, comme constituant une ratification incontestable.

1347. — Les actes de ratification, personnels à la femme, sont opposables à ses héritiers. De plus, et comme la femme elle-même, ceux-ci peuvent ratifier de leur chef. Leur poursuite peut être écartée par les actes d'exécution auxquels ils se seraient livrés depuis la mort de leur auteur, tout comme par la ratification expresse qu'ils auraient consentie.

1348. — La prescription constitue une autre fin de non-recevoir opposable à la femme et à ses héritiers, mais elle ne peut courir pendant la durée du mariage. Cette règle n'est pas seulement la conséquence de l'inaliénabilité du fonds dotal, elle tient surtout à cette circonstance que, pendant que le mariage existe, la femme est dans l'impuissance d'exercer les actions concernant la dot. Cette impuissance a dû lui faire appliquer la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio*.

Cette impuissance venant à disparaître entraîne, avec elle l'imprescriptibilité. C'est ainsi que l'article 1561 déclare que les biens dotaux sont prescriptibles après la séparation de biens. Par cette séparation, la femme acquiert l'exercice de ses actions. Elle peut donc agir, et si elle ne le fait, elle se constitue en état de négligence susceptible d'éteindre son action, si elle se prolonge assez pour que la prescription soit acquise.

Toutefois l'article 1561 ne doit point être isolé de l'article 2256. La loi n'oblige la femme à agir que lorsqu'elle le peut matériellement et moralement. Cette liberté morale n'existe pas lorsque l'action de la femme doit avoir pour résultat un recours contre le mari. Conséquemment, le législateur dispense, dans ce dernier cas, la femme d'agir, et cette dispense empêche la prescription de courir.

Or, aux termes de l'article 1560, le mari est tenu des dommages-intérêts lorsque le caractère de dotalité a été dissimulé à l'acquéreur. Conséquemment la femme séparée de biens n'est tenue de demander la révocation qu'en tant que l'acquéreur a connu le vice du contrat. Dans ce cas, la prescription court à partir de la séparation; dans tous les autres cas, du jour de la dissolution du mariage seulement.

1349. — Ce point de départ ainsi posé, quelle est la durée du temps requis pour prescrire? Ici encore il faut distinguer si l'aliénation est le fait unique du mari, ou si elle a été consentie par la femme, conjointement ou séparément.

La vente à laquelle la femme a participé constitue un acte annulable. Elle est donc régie, quant à la prescription, par l'article 1304 du Code civil. L'action est donc éteinte par le laps de dix ans, à partir du moment où l'obligation d'agir a été imposée à la femme, suivant les règles que nous venons de tracer.

La vente consentie par le mari a été faite sans droit réel à la propriété. Il s'agit donc, pour l'acquéreur, d'acquérir cette propriété, et, on le sait, la durée de la prescription, à cet effet, est ordinairement de trente ans.

Donc, l'acquéreur, traitant avec le mari seul, ne prescrira que par trente ans, en supposant, toutefois, qu'il ait connu le vice de la chose. En effet, si le mari a vendu l'immeuble dotal comme sien, si l'acquéreur a été de bonne foi, l'existence de celle-ci et du juste titre permettra au tiers d'invoquer la prescription de dix ou de vingt ans [1].

1350. — La fraude ayant pour objet de porter atteinte à la liberté individuelle ou de dissimuler une incapacité, est une fraude à une loi d'ordre public et d'intérêt général ; elle ne saurait, dès lors, produire aucun effet. Quelle que soit la cause apparente du contrat, son annulation est une conséquence inévitable de la constatation du caractère illégal ou illicite de sa véritable cause.

1351. — C'est là un principe qui n'est pas contestable, qui n'a jamais été contesté, mais son application suscitera des difficultés. Le demandeur, s'il a été partie en l'acte, se trouvera en présence de diverses fins de non-recevoir. On lui opposera notamment la foi due à l'acte régulier, la prohibition de toute preuve testimoniale outre et contre son contenu, prohibition bien plus étroite contre celui qui, complice de la fraude qu'il dénonce, vient en définitive exciper de sa propre turpitude.

Mais, nous l'avons déjà dit, ces difficultés sont de nature à être tranchées par le caractère de la fraude qu'il s'agit de réprimer. Il est permis à chacun de renoncer à un avantage personnel résultant d'une loi positive, mais personne ne peut se placer au-dessus d'une loi prohibitive, en suspendre ou en détruire les effets, ni se soustraire à des prescriptions sanctionnées dans un intérêt général, ou par des motifs commandés par l'ordre public, la morale et les bonnes mœurs. Toute tentative dans ce but est condamnée à une impuissance absolue, et le contrat la renfermant ne contient aucun lien légal, même à l'endroit des parties l'ayant consenti. Nous en avons déjà offert quelques exemples en parlant des contrats usuraires, de ceux ayant pour objet de se soumettre à la contrainte par corps hors des cas expressément prévus par la loi. Nous pourrions en citer beaucoup d'autres, nous nous contenterons d'en rappeler quelques-uns, parce que les hypothèses les constituant peuvent plus souvent s'offrir à l'appréciation des tribunaux.

1352. — La promesse de mariage, en tant qu'elle a pour objet de contraindre à sa célébration, est réprouvée par la loi d'une manière absolue. Son inexécution pure et simple ne saurait donc devenir la matière même d'une action en dommages-intérêts. Cette doctrine n'est pas universellement admise, et de nombreux arrêts ont décidé le contraire [2]. Mais ces arrêts ne me paraissent pas juridiques. En principe, l'exécution d'une promesse de mariage ne pouvant être exigée, celui qui la refuse ne fait qu'user d'un droit que la loi lui reconnaît formellement. Comment donc trouver dans l'exercice d'un droit la matière d'une adjudication de dommages-intérêts ?

Nous n'accorderions ces dommages-intérêts que lorsque la rupture de l'engagement a réellement causé un préjudice matériel ou moral à la partie délaissée ; par exemple, s'il s'est écoulé un temps considérable dans les préparatifs du mariage ; si les fréquentations ont amené une grossesse ; si les causes de la rupture publiquement dévoilées sont injurieuses ou diffamatoires, ou de nature à mettre obstacle à un nouvel établissement ; si des frais en préparatifs de noces, en contrats de mariage, ont eu lieu. Il est évident, dans tous ces cas, qu'une indemnité est due. Mais l'origine de cette obligation réside alors légalement dans le préjudice volontairement causé, et dont la réparation est commandée par l'article 1382 du Code civil.

L'exception *feci sed jure feci* légitime bien le refus de célébrer le mariage, mais elle ne pourrait dispenser de l'obligation de réparer le préjudice qui eût été épargné si la volonté du refusant se fût manifestée en temps opportun, et surtout avant que des faits graves, comme une grossesse, pussent lui être reprochés.

1353. — L'illégalité de la promesse de mariage entraîne de plein droit celle de toutes les clauses accessoires, destinées à en forcer l'exécution, notamment la clause pénale par laquelle

[1] Tessier, t. II, p. 110 et 111 ; Troplong, art. 1561, nos 3583, 3584.

[2] Voy. Dalloz, *Dict. général*, vo *Promesse de mariage*, nos 15 et suiv.

on s'est engagé, à défaut du mariage promis, de payer une somme d'argent plus ou moins importante.

Les dédits, en cas de rupture, sont entachés d'immoralité; indépendamment du lien qui en résulterait et qui créerait un obstacle à la liberté individuelle, ils pourraient faciliter de honteuses spéculations contre l'honneur ou la fortune de celui qui se laisserait aller à les consentir. Il ne manque pas d'intrigants adroits, de coquettes habiles qui exploiteraient une passion qu'ils savent adroitement faire naître et entretenir, une fièvre qu'ils excitent; et plus leur position leur paraîtrait, eu égard à la famille de leur dupe, être un obstacle au mariage, et plus ils songeraient à grossir la somme du dédit.

D'autre part, n'est-il pas évident qu'on ne saurait tolérer ces engagements que d'avance des pères de famille prennent à l'égard de leurs enfants? Ce qui peut, en effet, en résulter, c'est que, différents de goût, de caractère, les futurs époux, ne se convenant d'aucune manière, ne soient condamnés à s'unir que pour cimenter leur malheur commun. Il importait donc de les prémunir contre une mutuelle antipathie.

Mais ce qui importait surtout, c'était d'assurer la liberté des mariages : *Libera esse matrimonia antiquitùs placuit, ideoque pacta ne liceret divertere non valere* [1]. C'est cette antique règle que notre Code a consacrée, qu'il ne pouvait pas ne pas consacrer sans méconnaître la mission sociale qu'il avait à remplir. Le mariage, source de la famille, touche immédiatement à l'État. Le dégager de toute entrave, c'était agir dans l'intérêt de celui-ci. Aujourd'hui donc, comme toujours, tout ce qui porte atteinte à sa liberté illimitée est considéré comme contraire à la morale, aux bonnes mœurs, à l'ordre public, et, conséquemment, incapable de produire le moindre effet.

1354. — La nullité d'un dédit de mariage n'est pas même contestée, mais ce principe n'a pas fait disparaître l'abus. Ceux qui persistent à vouloir en profiter ne trouvent dans cette nullité qu'un motif de plus pour donner à la convention une apparence de sincérité, en l'affublant d'une forme dont les dehors paraissent irréprochables. Ainsi, au lieu d'un dédit, ils se font souscrire une obligation pure et simple, causée pour prêt d'argent. Puis le mariage ne s'accomplissant pas, soit par le refus du souscripteur, soit sur leur refus personnel, ils poursuivent le payement de l'obligation dont ils sont porteurs.

[1] L. 2, Cod., *de inut. stipul.*

Devant les tribunaux, naissent alors les diverses fins de non-recevoir déjà indiquées. Le défendeur excipe-t-il du véritable caractère de l'acte, on ne manque pas de lui opposer les énonciations de l'acte, l'irrecevabilité de la preuve par témoins, tant en vertu de l'article 1341, que de la maxime *nemo auditur*, etc...

Ce qui domine et doit nécessairement dominer l'appréciation d'un pareil litige, c'est une considération que nous trouvons développée dans une consultation de Dalloz sur un procès de cette nature. Les prohibitions que le législateur établit dans l'intérêt des mœurs et de l'ordre public ne tirent leur sanction et leur efficacité que de la difficulté de les enfreindre et de recueillir le fruit de leur infraction. En vain le législateur aura déclaré illicite toute obligation fondée sur une promesse de mariage; en vain il aura frappé de réprobation tout contrat qui aura pour objet une immoralité ou un crime. Ses dispositions seront impuissantes s'il est permis de déguiser le caractère du contrat, si l'on peut impunément cacher la cause honteuse de la convention sous le voile apparent d'une stipulation légitime, ou, ce qui est la même chose, si l'on interdit la preuve testimoniale qui, seule, en pareil cas, peut démasquer la fraude à la loi et venger l'offense à l'ordre public et à la morale.

1355. — Dalloz avait parfaitement raison lorsqu'il ajoutait qu'il est des choses que la loi n'a pas besoin d'exprimer formellement, tant elles s'induisent de son esprit. Dans cette catégorie, se place évidemment l'exception à la prohibition de l'article 1341 du Code civil, lorsqu'il s'agit, non plus d'une simulation licite, mais de la violation formelle d'une loi d'ordre public. On ne saurait soutenir le contraire sans accuser le législateur de n'avoir pas eu le courage de son opinion, puisque, voulant la fin, il aurait proscrit les moyens.

Quant à l'allégation invoquée, que la simulation du contrat ne peut être prouvée testimonialement que par les tiers, elle est vraie, lorsqu'il s'agit d'une de ces simulations incapables d'imprimer à l'acte un caractère d'invalidité quelconque. Ainsi, on refusera à la partie de prouver que le contrat, qualifié vente, est une donation. Pourquoi? Parce que la personne, capable de vendre et de donner n'a, à cette preuve, aucun intérêt réel. En effet, la vente, n'existant plus comme vente, vaudra comme donation, et devra, comme telle, sortir à effet. La preuve testimoniale du véritable caractère de l'acte serait donc complétement inutile. *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

On refusera la preuve testimoniale à la partie l'invoquant, lorsqu'à son aide, elle voudra établir que la vente qu'elle a consentie, ou l'obligation qu'elle a souscrite, n'a aucune cause réelle. Cette absence de cause, elle a pu et dû la faire constater au moment du contrat par une contre-déclaration sans l'existence de laquelle l'acte, n'ayant rien de contraire à la loi, est accepté par elle comme l'expression de la vérité et devient la règle unique des parties.

Osera-t-on dire qu'il doit en être de même de la preuve que l'acte déguise une illégalité, qu'il n'a été fait que pour éluder une prohibition d'ordre public? Est-ce que d'une part la preuve acquise ne ferait pas immédiatement tomber l'acte? Est-ce que, d'autre part, l'absence d'une contre-déclaration n'est pas la conséquence nécessaire, forcée du véritable but des parties? Comment exiger que ceux qui, voulant violer la loi, éprouvent le besoin de dissimuler, aillent précisément donner la preuve écrite de la véritable nature du traité? Donc, la preuve n'est plus illusoire, et comment l'acquérir jamais, si la partie elle-même est et doit être déclarée non recevable à l'administrer?

En d'autres termes, il ne faut pas confondre les simulations licites ou ne concernant que l'intérêt privé avec celles dont l'unique objet est de violer une loi d'ordre public ou d'intérêt général. Si la partie qui y a volontairement concouru ne peut prouver par témoins les deux premières, l'intérêt de la loi exige impérieusement qu'on l'admette à le faire pour cette dernière; décider le contraire, ce serait méconnaître l'intention du législateur, tolérer et même encourager la violation des prescriptions les plus sacrées.

Or, on distinguera facilement la simulation licite de celle qui ne l'est pas. On n'a qu'à se demander si les parties pouvaient faire directement ce qu'elles ont fait indirectement; si oui, la simulation est indifférente. Tout ce qu'on en induira, c'est qu'entre plusieurs manières de faire un acte, les parties ont choisi celle qu'elles ont jugé la plus convenable; en cela, elles ont usé de leur droit, et n'ont fait que ce que la loi ne leur défendait pas de faire.

Dans le cas contraire, la prohibition d'agir directement atteint la voie indirectement choisie; l'acte est nul aux yeux de la loi, et non-seulement la partie sera recevable à exciper de cette nullité, mais elle pourra encore l'établir par témoins. C'est ce qu'on admet sans difficulté pour la dette du jeu, pour l'usure; pourquoi ne l'admettrait-on pas pour le dédit de mariage? La loi, qui prohibe ce dernier, ne procède-t-elle pas de motifs identiques à ceux qui lui font proscrire l'usure et le jeu? Conséquemment, si la preuve testimoniale est admissible dans un cas, elle doit l'être également dans l'autre; le contraire avait cependant été admis par la cour suprême, le 29 mai 1827 [1].

1356. — En conséquence, elle avait cassé un arrêt de la cour de Riom, qui avait admis le souscripteur d'une obligation à prouver par témoins que la cause réelle de cette obligation était une promesse de mariage. La cour de Lyon, investie par le renvoi, jugea comme la cour de Riom, et son arrêt devint l'objet d'un nouveau pourvoi soumis aux chambres réunies.

Le résultat de ce second examen fut l'abandon complet de la jurisprudence de 1827. En effet, l'arrêt qui intervint consacra les deux propositions suivantes, dans lesquelles se résume toute notre doctrine, à savoir :

1° Qu'une promesse de mariage, à laquelle celui qui l'a faite a attaché, pour le cas d'inexécution, une clause pénale, consistant dans l'obligation de payer une somme d'argent, est nulle comme contraire à la liberté des mariages et illicite, ainsi que la clause pénale qui n'en est que l'accessoire;

2° Que le souscripteur lui-même d'un billet causé pour prêt est admissible à prouver par témoins que cette cause est simulée, et que la cause réelle est illicite comme consistant, par exemple, en une promesse de mariage avec clause pénale [2].

1357. — Les traités sur succession future étaient prohibés en droit romain; on les considérait comme renfermant *votum alicujus mortis* et offensant ainsi la morale. Une exception était cependant admise en faveur des traités que celui de la succession duquel il s'agissait avait consentis et qu'il n'avait pas rétractés avant de mourir [3]. Cette exception s'était introduite dans la plupart des pays de droit écrit et dans un grand nombre de coutumes.

Mais la faculté de renoncer à la succession, même dans ces conditions, avait été restreinte au contrat de mariage et moyennant une dot constituée à la renonçante, ce qui ne l'empêchait pas, d'ailleurs, d'hériter si, au décès du constituant, il n'existait pas d'autres héritiers, ou si

[1] D. P., 27, 1, 253.
[2] Cass., 7 mai 1836; D. P., 36, 1, 161.
[3] L. 4, Cod., *de inut. stipul.*; L. 30, Dig., *de pact.*

les héritiers mâles, au profit desquels la renonciation était censée faite, prédécédaient les père et mère. Elle conservait, dans tous les cas, le droit de réclamer un supplément de légitime, si la dot constituée ne remplissait pas en entier celle lui revenant [1].

1358. — Cette législation fut abrogée par les lois intermédiaires, et notamment par celle du 22 ventôse an II et plus tard par l'article 971 du Code civil. Certes, les termes de sa disposition sont assez clairs, assez positifs, mais, pour éviter toute difficulté possible, le législateur a cru devoir, dans l'article 1130, revenir sur le principe, en ajoutant cette fois que la nullité d'un pacte sur succession future ne saurait être corrigée par le concours et le consentement donné par celui-là même de la succession duquel il s'est agi.

Le motif de cette prohibition est d'ordre public. Nos mœurs ne permettaient pas de pactiser sur la succession d'un homme vivant sans outrager les lois de la morale et de l'honnêteté publique. On en est donc revenu à la législation romaine sur cette matière; tout acte de ce genre, renfermant *votum alicujus mortis*, a été sévèrement et absolument proscrit.

1359. — Violer cette prohibition, c'est méconnaître une loi d'ordre public. Conséquemment, la nullité encourue est absolue et radicale; l'acte qui en est vicié n'a jamais eu que l'apparence d'un contrat incapable de créer un lien quelconque.

Ce caractère de la nullité amène à cette autre conséquence: que le traité sur succession future, déguisé sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ne saurait, comme le traité direct, produire le moindre effet, et que la partie elle-même est recevable à prouver la simulation, fût-ce même par témoins. Il importe peu que l'acte simulé soit intervenu de cohéritier à cohéritier, ou de cohéritier au propriétaire; il suffit qu'il constitue un pacte sur succession future, pour que les conséquences que nous venons d'indiquer se réalisent immédiatement.

1360. — L'existence de la simulation sera facilement appréciable, lorsque le traité émanera de cohéritier à cohéritier, ou de celui-ci à un tiers. Il est, en effet, difficile d'admettre qu'on stipule, comme actuel, l'effet d'un contrat ne pouvant recevoir aucune exécution avant la mort du propriétaire de la chose qui en fait l'objet. Peut-être même que le prétendu débiteur stipulera ne devoir payer qu'avec et sur ce qui lui reviendra dans la succession. C'est ce qui se réalisait dans une espèce jugée par la cour de Rennes le 2 décembre 1837, et dans laquelle il fut décidé qu'un acte de cautionnement déguisait un traité sur succession future dont la partie pouvait poursuivre la nullité [2].

Mais il y aura plus de difficultés lorsque le traité interviendra entre le propriétaire et un tiers, héritier présomptif ou non. L'acte, en effet, peut contenir des clauses telles, qu'il soit difficile d'en apprécier le véritable caractère. Le propriétaire peut disposer de ses biens comme il l'entend, et nul doute que si l'acte renfermait un désinvestissement actuel et irrévocable, il devrait infailliblement sortir à effet, car, en le supposant nul comme vente, il n'en vaudrait pas moins comme donation déguisée.

1361. — Cependant, il n'est pas probable que si l'intention réelle des parties a été de traiter sur succession future, ce caractère de l'acte simulé ne se décèle pas dans quelques-unes de ses clauses. En effet, cette intention ne comporte pas un désinvestissement actuel et irrévocable. Celui qui ne veut donner qu'à sa mort s'en explique plus ou moins expressément. C'est donc dans les clauses mêmes de l'acte qu'il conviendra d'en rechercher la portée réelle; c'est surtout dans ce qui se rapporte au mobilier que cette recherche a des chances de succès.

On comprend, en effet, qu'un individu transmette ses immeubles actuellement, même lorsque la pensée de cette transmission se réfère à une donation pour cause de mort. Dans ce cas, la réserve de l'usufruit ou le payement d'une rente viagère concilie très-bien le véritable caractère de l'acte avec l'apparence qui lui a été donnée.

Mais il n'en est pas de même du mobilier. Il n'est pas dans la nature des choses que celui qui ne veut le transmettre qu'à sa mort s'en dépouille actuellement. Conséquemment la vente, dissimulant le pacte sur succession future, en réglera le sort d'une manière qui suffira pour permettre de saisir la véritable intention des parties contractantes.

1362. — Par exemple, vendre le mobilier qu'on délaissera à son décès n'est pas autre chose que disposer de son hérédité, et, conséquemment, se placer en contradiction avec les principes consacrés par les articles 971, 1130 et 1600 du Code civil. De quelque manière donc

[1] Serres, *Inst.*, p. 257; Ferrières, quest. 192; Catelan, liv. II, chap. XX.

[2] J. D. P., t. I, 1839, p. 320.

que ce fait soit dissimulé dans le contrat, son existence certaine ne laisserait aucun doute sur l'objet qu'on s'est réellement proposé, et la nullité de l'acte en serait la conséquence forcée. Or, ce fait se réaliserait, si, en aliénant son mobilier actuel, le vendeur se réservait la faculté d'en disposer comme bon lui semblerait, avec stipulation que l'acquéreur, en remplacement de ce qui aurait été aliéné par le vendeur, prendra celui qui se trouvera dans sa succession au jour de son décès.

Un pareil acte, on le comprend, n'est pas une vente. La propriété du mobilier, qui paraît en faire la matière, n'est pas transférée; elle ne cesse pas d'appartenir au vendeur, puisque seul il en exercera les attributs, et que seul il pourra ultérieurement en disposer.

On ne pourrait, par les mêmes motifs, y voir une donation. *Donner et retenir ne vaut,* et cela se réalise toutes les fois que la condition essentielle de toute donation, à savoir : le désinvestissement actuel et irrévocable, ne se réalise pas. Sans doute il importe peu que ce désinvestissement s'applique cumulativement à la possession et à la jouissance, ou qu'il n'ait trait qu'à l'une ou à l'autre. Mais, dans l'espèce, il n'y en a aucun avant la réalisation du décès. Dès lors, aussi, la donation qu'on voudrait rencontrer n'est, en réalité, ouverte et certaine qu'à l'époque du décès. Elle ne porte que sur ce que le donateur prétendu délaissera à sa mort.

Ainsi réduite, cette donation est nulle sous un double rapport; elle constitue, en premier lieu, un pacte sur succession future. Le propriétaire n'aliène qu'une seule chose, la faculté de disposer ultérieurement de son mobilier à titre gratuit. Elle ne saurait, dès lors, échapper à la prohibition légale des articles 1130 et 1600 du Code civil.

Vainement, invoquant la simulation du contrat qui donne à la donation l'apparence d'une vente, voudrait-on soutenir qu'on a pu vendre et acheter une chose future! L'article 1600 n'a pas consenti à regarder comme telle une hérédité non ouverte. Ce qui était de doctrine incontestable sous l'empire du droit romain : *Quum hæreditatem aliquis vendidit, esse debet hæreditas ut sit emptio. Nec enim alea emitur ut in venditione et similibus, sed res, quæ si non est, non contrahitur emptio, et ideo pretium condicetur* [1].

Ainsi, la loi ne considère pas l'hérédité comme constituant la chose future susceptible d'être achetée ou vendue. L'hérédité existe ou non, suivant qu'elle est ou non ouverte; et cette doctrine n'est que la conséquence de l'immoralité et de l'indécence qu'il y a à spéculer sur la mort de celui dont on achète à l'avance les dépouilles.

De plus, la vente manquerait, dans tous les cas, par l'absence d'un corps certain et déterminé, devant en faire l'objet. En effet, vendre un mobilier tel qu'il existera au décès du vendeur, c'est ne rien vendre, pas même une chose future. Le vendeur pourra toujours faire qu'il n'en existe aucun, et cette faculté constituerait la condition potestative, susceptible à elle seule d'annuler le contrat.

En second lieu, la donation constituerait une disposition à cause de mort, laquelle, dénuée des formes spécialement tracées par la loi, ne pourrait produire aucun effet. Vainement exciperait-on de la jurisprudence en matière de donations déguisées. Les seules donations valables sont celles qui sont faites entre-vifs, et, d'ailleurs, tester n'est pas donner. Or, vendre ou donner ce qu'on délaissera après son décès, c'est faire un testament, qui est nul s'il n'est pas rédigé dans les formes qui lui sont imposées. Remplacer le testament par une vente ne peut donc avoir pour objet que d'enlever au premier la révocabilité, qui est de son essence, et enchaîner la volonté du testateur; c'est, en un mot, faire ce que la loi ne permet pas.

Ainsi, la vente des biens qu'on délaissera à son décès est frappée de nullité. En tant que vente, elle constitue un pacte sur succession future; en tant que donation, elle déguise, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, une disposition à cause de mort, à laquelle la loi a dicté une forme spéciale à peine de nullité. Cette simulation constitue donc une fraude à la loi, et comme cette loi est d'ordre public, la partie elle-même serait recevable à la prouver, comme le sont les tiers et les héritiers. C'est ce que les cours d'Orléans et de Rennes ont formellement décidé. Le pourvoi formé contre l'arrêt de celle-ci a été rejeté par la cour de cassation le 28 novembre 1843 [2].

Dans l'une et dans l'autre de ces espèces, on soutenait que la prohibition de traiter sur succession future ne concernait que les héritiers; qu'elle ne pouvait évidemment s'étendre au propriétaire lui-même, par la raison que chacun a le droit de disposer de ses biens comme il l'entend. Mais cette prétention a été écartée, et

[1] L. 7, Dig., *de hæred. vel act. vendita.*

[2] D. P., 44, 1, 38; Orléans, 24 mai 1849; *Journal du Palais,* t. II, 1849, p. 78.

devait l'être, en présence des termes formels de l'article 1130 du Code civil.

1363. — Ces deux arrêts ont également jugé qu'en pareille matière l'opération était indivisible; qu'en conséquence, et quoique, pour les immeubles, il y eût, en réalité, désinvestissement actuel, l'existence d'un prix unique et le véritable caractère du contrat ne permettaient pas d'en scinder les dispositions qui se trouvaient, dès lors, intégralement atteintes par la nullité de celle relative au mobilier.

1364. — Notons, enfin, que ce qui est décidé pour l'universalité d'une succession doit l'être également pour une quotité quelconque et même pour l'aliénation d'un corps certain et déterminé. La prohibition de pactiser sur succession future s'applique à chaque partie, comme à l'universalité de la succession. Il suffirait donc que l'aliénation partielle constituât le traité sur succession future ou déguisât une donation à cause de mort, sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, pour qu'elle ne pût, sous l'un ou l'autre rapport, échapper à la nullité [1].

1365. — La question de savoir si la convention sur succession future peut ou non être ratifiée après l'ouverture de la succession est vivement controversée. Déjà nous nous sommes expliqué sur ce point, et nous rangeant à l'avis de Toullier et de Zachariæ, nous avons admis l'affirmative [2]. Nous avons d'autant moins hésité à le faire, qu'il est certain que l'acte de ratification déclarera qu'au besoin les parties renouvellent la convention, ce qui constituerait un nouveau traité dont la légalité, ne pouvant être contestée, puisqu'il serait postérieur à l'ouverture de la succession, commanderait l'exécution [3].

Si la ratification expresse est licite, on ne saurait écarter la ratification tacite résultant de l'exécution. Comment, en effet, ne pas voir une ratification, par exemple, si le règlement de la succession, si le partage même, s'était, du consentement de tous, opéré sur les bases fixées dans le traité primitif?

1366. — Toutefois, et au point de vue de la prescription, cette doctrine est vivement contestée. Sa consécration, en effet, a pour résultat immédiat l'application de l'article 1304 à l'action en nullité du traité sur succession future. Ceux-là donc qui pensent que cette action ne se prescrit que par trente ans, contestent, *a priori*, la faculté de ratifier même expressément.

Au nombre des partisans de la prescription trentenaire, se range Troplong [4]. Mais ce savant jurisconsulte n'examine la question qu'au point de vue de la nullité absolue et radicale, et ne se préoccupe que de l'erreur qu'il reproche, avec raison, à Toullier, enseignant que cette même nullité rentre sous la règle générale de l'article 1304.

Ainsi, dit Troplong, s'il fallait en croire Toullier, il faudrait aller jusqu'à dire que le propriétaire, dont la succession a été l'objet d'une vente illicite et qui y a donné son consentement, n'a que dix ans pour échapper à cette convention! Nous sommes de l'avis de Troplong, et nous admettons, sans hésiter, que tant que la nullité est absolue et radicale, c'est la prescription trentenaire qui, seule, en régit le sort. Or, elle est évidemment telle, tant que la succession sur laquelle on a traité n'est pas ouverte.

Mais l'ouverture de la succession ne modifie-t-elle pas ce caractère de la nullité? A partir de ce moment, tout ce qui la compose devient réellement disponible, et la capacité d'y renoncer, celle d'aliéner, par vente, échange ou cession, est acquise à tous ceux que la loi appelle à la recueillir. La loi ne proteste donc plus au nom de la morale, de l'honnêteté publique, contre l'exercice direct de ce droit. La nullité devient donc purement relative; et comment ceux qui peuvent aliéner directement, seraient-ils empêchés de le faire indirectement par la ratification du traité nul jusque-là d'une nullité absolue?

C'est cette question que Troplong n'a pas cru devoir examiner, et cependant, c'est la seule qui doive être traitée. En effet, ceux qui soutiennent l'application de l'article 1304 à la nullité résultant du pacte sur succession future ne le font que parce que, à leur avis, cette nullité perd son caractère absolu et radical par l'ouverture de la succession. Le traité, nul de plein droit jusque-là, n'est plus, à partir de cette ouverture, qu'un acte annulable ou rescindable, et de l'avis de Troplong lui-même, c'est pour les actes de ce genre que dispose l'article 1304.

Nous avons donc raison de dire que l'imposante autorité de son nom ne pèse pas sur notre discussion actuelle. Nous soutenons si peu l'application de l'article 1304 aux nullités radicales et absolues, que nous n'admettons son applica-

[1] Cass., 11 novembre 1845; *Journal du Palais*, t. II, 1845, p. 627.

[2] Voy. *suprà*, n° 648.

[3] Cass., 11 août 1825; Grenoble, 25 mars 1831; Rouen, 30 décembre 1823.

[4] *De la Vente*, n° 246.

bilité à la nullité du pacte sur succession future, que parce que, à notre avis, l'ouverture et la disponibilité de la succession rendent cette nullité purement relative pour l'avenir.

Un pareil effet est-il légalement possible? L'affirmative ne nous paraît pas susceptible de difficultés. Elle résulte du caractère et de la nature de la prohibition. En principe, toutes les nullités d'ordre public ne se comportent pas de la même manière. Elles ne peuvent produire des effets identiques, parce qu'elles ne procèdent pas toutes de la même cause. Sans doute, elles intéressent toutes l'ordre public, mais c'est à des titres divers. Il n'y a donc que celles qui se déduisent du fait même qui est devenu la matière du contrat, qui protestent éternellement et tant qu'existe ce contrat.

« On ne peut disconvenir, dit Merlin, que, dans la classe des nullités absolues, il s'en trouve quelques-unes qu'un particulier ne pourrait plus alléguer après avoir consenti à l'exécution de l'acte qui en est infecté [1]. » Or, dans quelles circonstances ce caractère se rencontrera-t-il plus puissamment que dans la nullité résultant d'un pacte sur succession future? La vente, la cession, la renonciation même faisant la matière de ce pacte, n'a en elle-même rien d'illicite ou d'illégal. Ce qui lui imprime ce caractère, c'est uniquement le moment qui la voit s'accomplir, la circonstance que la succession sur laquelle elle intervient n'est pas ouverte, et qu'il serait indécent d'autoriser la faculté de trafiquer de la succession d'un homme vivant. Du moment que cet homme a cessé de vivre, le motif n'existe plus, et *cessante causa, cessat effectus.*

A dater de ce moment, en effet, les parties intéressées acquièrent la plus entière liberté de traiter de tout ce qui constitue la succession. Qu'importe à la loi que cette disposition se réalise par un nouveau traité ou par la confirmation de l'ancien? Elle ne répugne plus à ses effets, elle se contente de prononcer l'annulation, si elle est poursuivie; mais si celui que cette faveur concerne veut y renoncer, si, au lieu d'en poursuivre le bénéfice, il le déserte et l'abandonne, faudra-t-il, plus tard, anéantir l'effet de cet abandon purement spontané et volontaire? En vérité, l'affirmative paraît insoutenable, car la raison et le droit s'unissent pour proclamer que celui qui pourrait agir directement ne saurait ne pas être valablement lié, parce qu'il lui a plu d'arriver à un résultat identique par une voie indirecte. L'héritier saisi peut aliéner. La ratification est une véritable aliénation; à ce titre donc, elle devrait être maintenue comme le serait l'aliénation elle-même.

1367. — La cour d'Aix, dans un arrêt du 2 juin 1840 [2], refuse cependant de le faire. La nullité du pacte sur succession future, dit-elle, est telle que l'ouverture même de la succession reste sans influence sur la convention dont le vice originaire garde toujours la même nature, sans qu'il puisse être couvert.

Sans influence nécessaire sur la convention! Cependant, à dater de cette ouverture, il n'y a plus de succession future, et les biens délaissés deviennent susceptibles de toute espèce de transactions. Sans doute, cette ouverture ne fait pas disparaître, *ipso facto*, la nullité du pacte dont la succession a été l'objet avant le décès du propriétaire, et celui qui l'a souscrit n'est pas obligé de l'exécuter. Il lui suffit de vouloir pour que ce pacte soit anéanti, mais s'il vient à l'exécuter, si son intérêt lui en fait un devoir, n'est-il pas le maître de le faire? Oui, dit la cour, mais par un acte nouveau, non par une ratification, parce que cette ratification serait une nouvelle insulte à la loi.

Vraiment, la cour d'Aix fait la loi bien susceptible. Pourquoi se trouverait-elle insultée? Parce que la ratification s'appliquant à une nullité radicale et absolue serait-elle même atteinte par cette nullité? Mais après le décès, cette nullité n'existe plus. S'il en était autrement, tout acte nouveau serait également impossible. La validité de celui-ci entraîne forcément celle de la ratification. Celle-ci, en effet, ne fait ni plus ni moins que l'acte nouveau ne ferait lui-même. Conséquemment, l'aliénation autorisée par le moyen de celui-ci ne saurait être prohibée sous la forme de la ratification.

Mais, dit l'arrêt, il y a entre l'acte nouveau et la ratification cette différence, que le premier rend hommage à la loi en supposant non-seulement la nullité, mais encore l'inexistence de l'acte précédent; et d'ailleurs, ne recevant l'être que du jour de sa date, il porte sur une succession ouverte; la ratification, au contraire, se rattache à l'acte primitif qu'elle a pour objet de maintenir aussi bien dans sa date que dans ses effets; s'unissant et s'incorporant à cet acte, elle reçoit le vice dont il est infecté au lieu de l'effacer; elle est enfin, avec lui et comme lui, une stipulation sur la succession d'une personne vivante, à moins qu'on ne veuille la considérer isolément, et elle n'est rien.

[1] *Rép.*, v° *Nullité*, § 3, n° 1.

[2] J. D. P., t. II, 1840, p. 337.

Ceci n'est plus seulement une contradiction, c'est la négation absolue de la nature du pacte sur succession future, du caractère, des effets de la ratification.

Le pacte sur succession future, en tant que vente, cession, renonciation même, n'a rien d'illicite au point de vue du droit en lui-même. Sa nullité ne résulte pas de ce qu'on a vendu, cédé ou renoncé. Elle n'est que la conséquence de l'indisponibilité des objets ou des droits au moment où ils sont aliénés; dès lors, leur disponibilité acquise, tous ces actes deviennent licites, cela n'est pas contesté.

L'ouverture de la succession fait donc disparaître la prohibition et entraîne avec elle la disparition de la nullité en résultant. Mais cet effet ne rétroagit pas en ce sens que l'acte souscrit avant est un acte sans lien forcé, sans exécution possible, s'il plaît à la partie de lui refuser l'un ou l'autre.

Voilà donc celle-ci capable désormais d'aliéner et en même temps mise en demeure de se prononcer sur le sort futur du traité qu'elle a souscrit. Quel peut être, en cet état, l'effet de la ratification qu'il en fait?

Est-ce de faire disparaître la nullité originaire dont le traité était atteint? Non, évidemment, car cette nullité est un fait consommé qu'il n'est plus au pouvoir des parties d'empêcher. L'unique but de la ratification, c'est de purger l'acte pour l'avenir, par la confirmation qui en est faite dans un moment de capacité absolue. L'acte n'a donc une existence légale que du jour de la ratification, et comme, ce jour-là, la succession est ouverte, c'est se livrer à la plus incroyable de toutes les fictions, que de dire que la ratification n'est elle-même qu'un traité sur la succession d'un homme vivant.

Si le système de la cour d'Aix était vrai, il faudrait rayer la ratification de nos codes. Vainement le majeur aurait-il ratifié l'engagement souscrit en minorité. Vainement la femme mariée, devenue veuve, aurait-elle confirmé l'aliénation de sa dot faite pendant le mariage; on ne manquerait pas de dire que la ratification, s'unissant et s'incorporant à la convention primitive, est comme celle-ci censée faite pendant la minorité ou le mariage, et qu'un acte nouveau pouvait seul la purger du vice que la ratification partage.

Qu'on réfléchisse, d'aillleurs, aux conditions exigées par l'article 1338. Pour être valable, l'acte de ratification doit mentionner le vice du traité originaire, et énoncer l'intention de le purger. Dans l'espèce donc, les parties déclareront que l'acte par elles souscrit était nul comme intervenu sur succession non ouverte, mais que leur volonté étant aujourd'hui la même qu'alors, elles confirment leurs accords qu'elles renouvellent même en tant que de besoin serait. Or, à cette époque, notons-le bien, la nullité d'ordre public a cessé de protester contre la disposition de la succession.

La ratification est donc comme l'acte nouveau un acte d'obéissance à la loi. Elle est une véritable amende honorable de la part de ceux qui, l'ayant transgressée, viennent lui demander pour l'avenir le lien obligatoire qu'elles reconnaissent avoir été dans l'impossibilité de donner à leur contrat.

Il n'y a donc aucune raison sérieuse à objecter contre la validité de la ratification expresse; il ne saurait conséquemment en exister aucune contre la ratification tacite résultant de l'exécution. Or, cette ratification tacite, la loi l'a fait résulter du silence prolongé pendant plus de dix ans. L'action introduite après ce délai se trouverait atteinte par la prescription de l'article 1304, à moins qu'on ne vînt, à cette époque, forcer l'exécution que l'acte n'aurait pas encore reçue. Dans ce cas, en effet, la prescription opposable à l'action ne pourrait être opposée à l'exception, en vertu de la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, fiunt perpetua ad excipiendum*.

1368. — L'applicabilité de l'article 1304, enseignée par Toullier, Zachariæ et Rolland de Villargues, a été admise par un grand nombre de cours d'appel, et par la cour de cassation elle-même, le 28 mai 1828; mais celle-ci vient, par un arrêt du 11 novembre 1845 [1], d'abandonner cette jurisprudence pour adopter la prescription trentenaire. Ce qui fonde ce changement, c'est le caractère de la nullité. La cour admet donc qu'après comme avant le décès, cette nullité est d'ordre public et d'intérêt général; dans cette hypothèse, son arrêt serait en tout point juridique.

Mais nous l'avons dit : la raison et le droit indiquent que le caractère de la nullité est profondément modifié par le décès de celui sur la succession duquel on a traité; et cette modification nous paraît devoir faire préférer l'arrêt de 1828 à celui de 1845 [2].

[1] *Journal du Palais*, t. II, 1845, p. 627.

[2] Voy., pour les arrêts dans l'un et l'autre sens, Dalloz, *Dictionnaire général*, v° *Succession*, et *Répertoire du Journal du Palais*, v°s *Succession future* et *Ratification*.

1369. — La morale publique, que nous venons de voir proscrire les pactes sur succession future, était bien plus directement intéressée à tout ce qui se rapportait aux enfants naturels. Les législateurs de tous les temps ont mis et dû mettre une grande différence entre eux et les enfants issus d'un mariage légitime.

Chez les Romains, la loi n'accordait aux enfants naturels que des aliments, si leur père délaissait des enfants ou une épouse légitime; à leur défaut, ils ne recueillaient que le sixième de la succession dans laquelle la mère survivante prenait encore une portion virile. L'excédant était dévolu aux parents éloignés ou au fisc. Toutefois, ils pouvaient recevoir par donation testamentaire au delà de ce que leur attribuait la loi. Ils pouvaient être institués pour la totalité des biens, si leur père ne laissait ni descendants, ni femme, ni ascendants légitimes; pour la totalité, moins la légitime due à l'ascendant, si l'ascendant se trouvait le plus proche héritier; pour un douzième seulement, s'il restait des enfants légitimes, encore ce douzième se divisait-il par tête entre les enfants naturels et leur mère [1].

Les enfants naturels ne succédaient point aux ascendants, si ce n'est par représentation de leur mère, mais l'aïeul paternel ou maternel pouvait, s'il n'avait pas d'enfants légitimes, transmettre tous ses biens au petit-fils naturel [2]. La loi fondait, en outre, certaines distinctions sur la qualité de la mère. Si elle appartenait à une famille illustre, l'enfant naturel n'avait rien à réclamer, pas même des aliments [3]. Si elle était une femme publique, l'enfant suivait alors entièrement la condition de sa mère, lui succédait comme les autres enfants naturels, mais il n'avait aucune espèce de droit à la succession paternelle [4].

1370. — Sous notre ancien droit, l'enfant naturel n'était appelé à succéder ni à son père, ni à sa mère; il avait seulement, et sauf quelques exceptions, une action en aliments.

Mais cet état de choses fut bien changé par les lois intermédiaires. Un premier décret du 4 juin 1793 appela les enfants nés hors mariage à succéder à leurs père et mère, dans la forme qui fut, plus tard, déterminée par la loi du 12 brumaire an II.

Nous n'avons pas à suivre dans ses effets cette loi devant, dans l'intention de ses auteurs, n'être que transitoire. On croyait alors à la prompte promulgation du Code civil, auquel l'article 10 se référait pour régler les droits des enfants naturels dont les auteurs seraient encore existants.

1371. — C'est en cet état, et sauf diverses modifications qu'avait successivement subies la législation de l'an II, que le Code civil trouva la matière.

La classe des enfants naturels a, de tous les temps, compris deux catégories bien distinctes : les enfants naturels simples; les enfants incestueux ou adultérins. Leur position ne pouvait être identique, aussi des lois particulières réglaient-elles le sort de ces derniers qui n'étaient pas compris dans celles concernant en général les enfants naturels.

Sous l'empire du Code, les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de recevoir de leur père ou mère autre chose que des aliments. Ce principe est textuellement écrit dans l'article 762. Son application, quant à la quotité de ces aliments, est régie par l'article 763.

Ce principe se fonde sur un motif d'ordre public et d'intérêt général. L'adultère et l'inceste sont plus qu'une infraction aux préceptes de la morale, ils constituent de véritables crimes sociaux. Que leurs tristes fruits ne soient pas entièrement délaissés, qu'on ne les condamne pas à mourir de faim, c'est ce qu'un sentiment de pitié commandait impérieusement. Le législateur a cédé à ces inspirations, mais, il faut le dire, il ne l'a fait qu'à regret, et que lorsque la connaissance du caractère adultérin ou incestueux n'était que le résultat d'un événement imprévu et de force majeure.

1372. — C'est ce que prouve l'article 335, prohibant, d'une manière formelle, toute reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux. Pour bien apprécier le caractère de cette importante disposition, pour en appliquer sainement les effets, il faut nécessairement remonter à son origine.

Le projet primitif du Code ne contenait aucune disposition de ce genre. La cour de Lyon, dans ses observations, signala cette regrettable lacune, et demanda qu'elle fût comblée.

« Serait-il possible, s'écriait-elle, que la loi autorisât la déclaration publique et authentique de l'adultère et de l'inceste?

« Ce ne sont pas précisément les actions immorales qui anéantissent les mœurs lorsqu'elles demeurent ensevelies sous le voile d'un mystère impénétrable; le mystère lui-même est un hommage aux mœurs; ce n'est pas même leur publi-

[1] Nov. 18, chap. V, et 89, chap. XII.
[2] L. ult., Cod., *de natur. lib.*
[3] L. 5, Cod., *ad sen.-cons. Orfician.*
[4] L. 8, Dig., *unde cognat.*

cité, si l'opinion publique les flétrit, si elle voue au mépris les êtres immoraux. Mais si l'opinion publique, si la loi elle-même les tolère, si elle n'en proscrit pas les fruits, l'immoralité triomphe, la vertu est dédaignée ; bientôt, par une contagion funeste, il n'y a plus de mœurs, plus de vertu, et qu'est-ce qu'une nation sans vertu et sans mœurs?

« Il est donc impossible que la loi autorise une mère, une sœur, à consigner authentiquement dans des registres publics leur turpitude incestueuse ; un père, un frère, à faire constater par l'officier de l'état civil qu'il est le frère de son fils, le père de son neveu ; un libertin à publier légalement et impunément qu'il est coupable d'adultère. La loi peut tolérer une faiblesse, elle ne peut supposer un crime ; s'il existe, elle doit le punir. »

Ces idées devinrent celles du pouvoir législatif et dominèrent la discussion. « La reconnaissance, disait le tribun Duveyrier, sera impossible, l'officier public ne la recevra pas ; et si, malgré lui, l'acte contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance nulle ne pourra profiter à l'enfant. On écarte par là ces chances pernicieuses d'infamie, ces révélations mortelles à la pudeur sociale. On ne déchirera plus pour des passions individuelles et des intérêts particuliers le voile épais dont l'intérêt public couvre ces scandaleux écarts. »

1373. — De plus, l'article 342 défend la recherche même de la maternité admise en général, lorsqu'elle doit avoir pour résultat d'arriver à la conviction d'un adultère ou d'un inceste. En vérité, on dirait que la loi s'est approprié cette opinion du tribun Lohary, à savoir : Que la naissance d'un enfant, fruit d'un inceste ou d'un adultère, est une vraie calamité pour les mœurs ; que loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir.

1374. — En présence de pareilles dispositions, on s'est d'abord demandé si l'article 762 n'était pas une superfétation, une véritable lettre morte. Comment rencontrer des enfants adultérins ou incestueux auxquels on puisse l'appliquer si leur reconnaissance est impossible, si celle qui serait volontairement faite ne peut jamais imposer cette qualité, ni produire aucun effet? A cette objection, qui se produisit au conseil d'État, il fut répondu que la qualité d'enfant incestueux ou adultérin pourrait résulter d'autres faits que d'une reconnaissance spontanée du père ou de la mère. Elle peut être acquise par la recherche de la maternité tentée dans le but d'établir une filiation naturelle, par le résultat d'une poursuite criminelle en adultère, ou d'une action en désaveu, ou de l'annulation d'un mariage contracté à un degré prohibé. Dans tous ces cas, la filiation adultérine ou incestueuse n'est qu'une conséquence du jugement, elle est dès lors certaine, publique, notoire. Le scandale que la loi veut éviter s'étant fatalement et légalement produit, il devenait nécessaire de s'occuper de ceux qui en sont les tristes victimes. De là l'article 762.

1375. — La nullité des reconnaissances faites en violation de l'article 335 est radicale et absolue. Son effet en droit ne serait dès lors pas douteux ; cependant, et dans l'application, elle a donné matière à une controverse sur les questions de savoir : 1° Si la reconnaissance illégalement faite confère à l'enfant le droit d'exiger des aliments ; 2° Si on peut en exciper contre lui à l'effet de faire réduire les donations ou legs consentis en sa faveur par l'auteur de cette reconnaissance.

1376. — L'affirmative sur l'une et sur l'autre est soutenue par Merlin. « L'article 762, dit cet éminent jurisconsulte, a été adopté dans cette prévision. Sans doute les hypothèses où la reconnaissance résulte d'un jugement ont préoccupé le législateur. Mais on trouve dans les débats législatifs que cette préoccupation n'a pas été exclusive, qu'elle s'est notamment étendue aux reconnaissances illégales.

« Ainsi, Siméon, parlant au nom du tribunat, disait au corps législatif : « Quoique les enfants « adultérins ou incestueux ne puissent être légalement reconnus, leur existence est un fait qui « peut quelquefois être évident. Un enfant aura « été désavoué par le mari, il aura été le fruit « de l'adultère de la femme. Le crime de sa « mère ne saurait la dispenser de lui donner des « aliments. Un homme aura signé, comme père, « un acte de naissance, sans faire connaître qu'il « est marié à une autre femme que la mère de « l'enfant nouveau-né, ou que la mère est sa « sœur ; il aura voulu faire fraude à la loi ; l'enfant, ignorant le vice de sa naissance, se présentera dans sa succession pour y exercer ses « droits d'enfant naturel ; on le repoussera par « la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait « pas l'avouer ; mais l'aveu de fait, écrit dans « son acte de naissance, lui restera et lui procurera des aliments. Cette disposition est conforme à l'ancien droit, il était nécessaire de la « conserver ; car, enfin, les enfants adultérins « ou incestueux ne sont pas moins des hommes, « et tout homme a droit à recevoir au moins des

« aliments de ceux qui lui ont donné le jour [1]. »

« Ainsi encore, dans son rapport au tribunat sur ce titre *des Donations et testaments*, Jaubert disait également : « Les enfants naturels ne « peuvent jamais recevoir au delà de ce qui « leur est accordé au titre *des Successions*. « Quant aux adultérins ou incestueux, dans les « cas rares et extraordinaires où il pourra s'en « trouver par suite ou de la nullité du mariage, « ou d'un désaveu de la paternité, ou d'une « *reconnaissance illégale*, ils ne pourront re- « cevoir que des aliments. »

« Donc, dans l'opinion de ces deux législateurs, la nullité de la reconnaissance n'empêche pas l'enfant de s'en prévaloir à l'effet d'obtenir des aliments. Cette conclusion est loin d'être inconciliable avec le texte de l'article 335 ; sans doute, la reconnaissance qu'elle proscrit sera incapable pour conférer au père la puissance paternelle, la faculté d'hériter de celui qu'il a illégalement reconnu, pour imposer à celui-ci les devoirs et les obligations d'un fils, mais elle est susceptible de donner ouverture contre son auteur à une action en aliments. La reconnaissance d'un enfant renferme essentiellement, quoique d'une manière implicite, l'obligation de lui fournir des aliments. Qu'elle soit nulle sous le rapport des droits et devoirs respectifs de père et d'enfant, à la bonne heure ; mais cela n'empêche pas que l'obligation implicite qu'elle renferme de fournir des aliments ne doive recevoir son exécution [2]. »

1377. — Toullier s'est rangé à l'opinion de Merlin; il enseigne, en effet : qu'en disant qu'un enfant adultérin ou incestueux ne peut être reconnu par acte authentique, l'article 335 a eu pour objet d'empêcher que cette reconnaissance ne lui confère les droits de succession irrégulière que les articles 757 et 758 assurent aux enfants naturels légalement reconnus, mais il n'entend point par là dispenser ceux qui ont reconnu un enfant de l'obligation naturelle de le nourrir. Ainsi la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux ne peut lui conférer des droits de successions irrégulières, mais elle peut fonder une action en aliments [3].

1378. — Mais l'opinion contraire est fortement soutenue par un jurisconsulte non moins recommandable, Chabot, de l'Allier [4]. Nous devons le dire, si l'opinion de Merlin et de Toullier est plus humaine, celle de Chabot a l'inconcontestable avantage d'être plus conforme à la loi.

Il faut le reconnaître, l'objet de l'article 335, quoi qu'en dise Toullier, n'a pas été de priver l'enfant adultérin ou incestueux des droits de succession irrégulière; ce résultat était suffisamment atteint par l'article 762, le réduisant, dans tous les cas, à un simple droit aux aliments.

L'article 335 a donc voulu autre chose, et cette autre chose nous est indiquée par les motifs qui l'ont fait admettre. Rappelons-nous de quelle manière la cour de Lyon en légitimait la demande, les considérations sur lesquelles elle l'appuyait. Il est vrai que le législateur n'a pas consacré tout ce que la cour de Lyon demandait, notamment la peine d'emprisonnement contre les auteurs de la reconnaissance illégale; mais si l'on consacrait la prohibition, c'est que *la naissance d'un enfant, fruit de l'adultère et de l'inceste, était une calamité pour les mœurs ; que loin de conserver les traces de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre le souvenir.*

Voilà le but de l'article 335, *éteindre le souvenir de l'adultère ou de l'inceste;* singulière manière de l'atteindre que d'admettre que la désobéissance à la loi pût fonder une action quelconque, et notamment une obligation naturelle que Toullier veut rendre légalement exécutoire au profit de l'enfant.

Au profit de l'enfant adultérin ou incestueux ! Mais l'article 335 dit positivement le contraire. *Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu* AU PROFIT *des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.* Or, quel est le *summum* de profit que l'enfant né d'un pareil commerce pourra jamais retirer de la constatation légale de son état ? L'article 762 a d'avance répondu. Le droit unique d'exiger des aliments. Mais si vous faites résulter ce droit de la reconnaissance illégale, que devient la prohibition de l'article 335? comment concilierez-vous la double proposition qui surgit fatalement de votre système? La reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit de l'enfant ; si, malgré cette prohibition, cette reconnaissance se réalise, l'enfant en retirera tout le profit que lui procurerait la reconnaissance légalement faite.

Un système conduisant à de telles contradictions est jugé, il est en opposition manifeste avec le texte de la loi; il l'est, de plus, avec son esprit.

Nous venons de le dire, le législateur ne veut consacrer aucune trace de l'adultère ou de l'in-

[1] Séance du corps législatif, du 29 germinal an XI.
[2] *Rép.*, v° *Filiation*, n° 22.
[3] T. II, n° 968.
[4] *Des Successions*, art. 762.

ceste; il prohibe donc toute reconnaissance, mais il ne pouvait se dissimuler que sa volonté, quoique clairement manifestée, pourrait être transgressée et méconnue. Quel était le remède possible? Évidemment, le seul indiqué était de refuser toute autorité à l'acte réalisant cette prévision, de le considérer comme n'existant pas, comme n'ayant jamais existé. Or, dans le système que nous combattons, la loi aurait bien voulu sévir contre la transgression, mais, respectant la transgression accomplie, elle lui aurait reconnu et fait produire des effets obligatoires, c'est-à-dire que loin de tenir la main à l'exécution de sa volonté, elle en aurait toléré, et par cela même encouragé la violation; peut-on, nous ne dirons pas l'admettre, mais même le supposer ?

Mais, dit Merlin, vous prétendez donc que l'acte par lequel un individu s'obligerait à fournir des aliments à un enfant qu'il reconnaîtrait pour le sien, et qui serait, par le fait de cette reconnaissance, adultérin ou incestueux, fût nul pour le tout? Nous sommes bien loin de soutenir la nullité intégrale, nous qui soutiendrons tout à l'heure contre Merlin lui-même que la donation ou le legs, mélangé de reconnaissance adultérine ou incestueuse, ne saurait être réduit. Il y a dans l'acte dont parle Merlin deux choses distinctes : la reconnaissance qui doit être effacée, l'obligation qui subsiste indépendamment de la reconnaissance, celle-ci n'est pas nécessairement la cause de l'obligation de fournir des aliments. A défaut de toute autre cause apparente, l'intention de faire une libéralité la légitimerait et la rendrait même irrévocable. Dans cette hypothèse, d'ailleurs, l'action de l'enfant reposerait, non sur la reconnaissance, mais sur la libéralité déguisée sous la forme d'une obligation.

Ce que nous soutenons, c'est qu'une reconnaissance pure et simple ne serait qu'un acte insusceptible de créer un droit quelconque en faveur de personne, et que notamment l'enfant adultérin ne pourrait prétendre y trouver l'origine d'une obligation de lui fournir des aliments.

Ce système, qui découle du texte et de l'esprit de la loi, pourrait encore s'étayer des principes sur les fraudes à une loi d'ordre public. Tout ce qui est fait dans ce sens est frappé d'une nullité radicale et absolue, et demeure, par conséquent, incapable de créer aucun lien, aucun droit. Or, la reconnaissance faite au mépris de l'article 335 viole une loi d'ordre public, elle ne saurait donc légalement fonder une action quelconque. Mais, dit Merlin, l'obligation de fournir des aliments n'est pas attachée à la reconnaissance; elle résulte de la paternité même. Nous admettons volontiers qu'il en est ainsi; avant même la reconnaissance, le père est naturellement obligé à donner des aliments à celui qu'il sait être son fils; mais si l'obligation naturelle crée un lien dans le for intérieur pour celui qui la doit, elle n'en crée aucune en faveur de celui à qui elle est due. Nul ne peut être contraint judiciairement à exécuter une obligation naturelle tant qu'elle ne s'est pas manifestée par un fait légal lui imprimant pour l'avenir un lien civil. Dans notre espèce, la paternité oblige naturellement; sa manifestation lui donne seule le lien civil, permettant d'en contraindre l'exécution. Or, la loi, proscrivant celle-ci en matière d'adultère et d'inceste, refuse absolument de convertir l'obligation naturelle en obligation civile. Cette obligation reste donc renfermée dans la conscience du père et le fils ne peut même en exciper, car, aux yeux de la loi, il est censé ne pouvoir connaître cette paternité que la loi condamne à un secret perpétuel.

1379. — Au reste, la cour de cassation qui, déjà du temps que Chabot écrivait, s'était, dans l'affaire Lanchère, prononcée contre le système de Merlin, a depuis, et malgré ses observations, persisté dans cette jurisprudence, et ses nouveaux arrêts ne présentent plus l'équivoque et le doute que Merlin reproche à ce premier arrêt. Voici en effet, comment, dans ses arrêts les plus récents, la cour de cassation établit le principe.

« Attendu, dit un arrêt du 8 février 1836, que, d'après la prohibition expresse de l'article 335, qui a pour objet de prévenir des révélations scandaleuses, la nullité de la reconnaissance n'en laisse subsister aucun effet ni *contre* les enfants, ni en *leur faveur*. »

Ailleurs, et dans un arrêt du 4 décembre 1837 [1], la cour considère que la reconnaissance des enfants, nés d'un commerce adultérin ou incestueux, est interdite, d'une manière absolue, par l'article 335 :

« Attendu, continue-t-elle, que lorsque, au mépris de cette prohibition d'ordre public, la reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin est faite par acte authentique ou sous seing privé, elle est radicalement nulle et en peut produire aucun effet, soit contre l'enfant pour faire réduire à de simples aliments les donations faites en sa faveur, soit à son profit pour faire condamner l'auteur de cette reconnaissance à lui fournir des aliments;

« Attendu que l'article 762, qui déclare que

[1] *Journal du Palais*, t. II, 1837, p. 565.

la loi n'accorde que des aliments aux enfants adultérins, ne détruit pas la prohibition de l'article 335 et ne peut recevoir son application que lorsque la preuve de la paternité est indépendante de toute reconnaissance volontaire et résulte seulement d'actes de poursuites et de jugements qui n'ont pas pour objet la recherche de cette paternité interdite, dans tous les cas, par l'article 342 du Code civil. »

Plus tard, la cour de Lyon réduit une donation faite à un enfant adultérin, par celui qui l'avait reconnu, sur le motif que ces enfants sont incapables de succéder et n'ont droit qu'à des aliments ; que la filiation adultérine résulte suffisamment de la reconnaissance authentique lorsqu'elle n'est pas contredite par l'acte de naissance. Mais cet arrêt, étant devenu l'objet d'un pourvoi, est cassé par la cour suprême, le 3 février 1841.

« Attendu, porte ce nouvel arrêt, que, sous l'empire du Code civil, la recherche de la paternité est interdite ; que l'article 335 défend, en termes exprès et absolus, la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux ;

« Qu'il suit de là que l'article 762, en leur accordant des aliments, ne s'applique qu'aux seuls cas où la preuve de la filiation adultérine ou incestueuse est acquise en justice par la force des choses et non au cas où, comme dans l'espèce, la preuve de cette filiation ne résulterait que d'une simple reconnaissance que la loi prohibe expressément [1]. »

Enfin, et le 18 mars 1846 [2], un dernier arrêt, rendu au rapport de M. le conseiller Mesnard, vient de proclamer encore les mêmes principes.

On le voit, la cour de cassation n'a jamais varié dans l'acception qu'elle donne aux articles 335 et 762. Le motif de cette jurisprudence nous est dévoilé par le rapporteur du dernier arrêt, le savant Mesnard : Du moment où, par l'effet d'une reconnaissance effrontée d'une paternité adultérine, un droit quelconque, au profit ou au préjudice de l'enfant adultérin ou incestueux, pourrait être exercé, l'exercice de ce droit serait un scandale public. Il faut bien le reconnaître, c'est bien là, en effet, ce que la loi a admis, ce qu'elle a voulu, à tout prix, empêcher. Cela nous paraît si évident, que nous n'hésitons pas à croire que les cours qui, contrairement à la jurisprudence de la cour de cassation, font produire un effet à la reconnaissance volontaire, soit pour réduire à de simples aliments les libéralités faites à l'enfant par l'auteur de la reconnaissance, soit pour permettre à l'enfant d'obtenir des aliments, s'écartent de la loi et cèdent à une prétendue équité contre laquelle le texte et l'esprit de notre législation ne cessent de protester.

Le système de Chabot doit donc prévaloir sur celui de Merlin et Toullier. Cette pensée est celle de la majorité des auteurs. Il en résulte que l'enfant ne saurait être admis à fonder une action en aliments sur la reconnaissance volontaire des auteurs de ses jours.

Cette solution préjuge forcément celle que doit recevoir la seconde question. Il est certain, en effet, que puisque la reconnaissance volontaire ne crée aucun droit à l'enfant, elle ne saurait en créer aucun contre lui. On ne saurait admettre que ce qui est nul en sa faveur pût être valablement invoqué et produire des effets à son préjudice. Et puisque, comme le dit la cour de cassation, dans son arrêt du 8 février 1836, nonobstant la reconnaissance, l'état des enfants n'en est pas moins resté incertain, et qu'ils sont demeurés étrangers à son auteur, la demande en réduction des libéralités qu'ils peuvent en avoir reçues, soit par acte entre-vifs, soit par testament, ne saurait s'appuyer sur aucune base. Son admission violerait donc expressément l'effet de la prohibition de l'article 335.

1380. — En rigueur des principes, disent Teulet et Dauvilliers, cela est incontestable. La reconnaissance, censée non écrite contre la demande de l'enfant, ne peut être envisagée autrement lorsqu'il y a une action dirigée contre ses intérêts. Mais si l'on passe aux conséquences, on est vraiment effrayé de ce qui va suivre. Si l'enfant eût été simplement naturel, s'il fût né de deux personnes entièrement libres, la reconnaissance eût été valable et les droits de l'enfant se fussent trouvés réduits à une part déterminée dans la succession. Au contraire, si la reconnaissance suppose un commerce incestueux ou adultérin, elle est nulle. Mais l'enfant, qui reste alors sans état de famille, n'est plus restreint, soit à de simples aliments, soit à une réserve délimitée ; mais il acquiert la pleine et entière capacité dans toute son étendue, en sorte que rien n'empêche qu'il soit admis en concours avec des enfants légitimes pour leur enlever la totalité de la quotité disponible.

Ces auteurs ajoutent que la raison de diverses cours d'appel s'est révoltée contre un pareil résultat, et en annulant la reconnaissance faite au profit de l'enfant, elles en ont tourné contre lui

[1] *Journal du Palais*, t. Ier, 1841, p. 369.

[2] D. P., 46, 1, 345.

les effets pour réduire l'institution à de simples aliments. Si le premier système est plus conforme aux principes de la loi, le second convient mieux aux règles de la morale [1].

Il n'y a, en matière de législation, d'autre règle de morale, pour les tribunaux surtout, que celle qui se résume dans l'application stricte de la loi, dans son observance religieuse. Ne pas se conformer à cette règle, c'est se jeter dans l'arbitraire, c'est se placer au-dessus de la loi, ce que rien ne saurait jamais justifier.

Serait-il vrai, d'ailleurs, que la loi aurait méconnu la morale, que le système de la cour de cassation en violât les règles? Nous avons d'abord laissé parler le législateur, qui nous a appris que ses dispositions n'ont été sanctionnées que par respect pour la morale. Écoutons maintenant la cour de cassation nous indiquer ses motifs par l'organe d'un de ses membres les plus distingués.

Lors de l'arrêt de 1846, le rapporteur Mesnard disait à la cour : Dans l'interprétation que vous avez donnée à l'article 335, et dans l'application rigoureuse que vous faites de la nullité qu'il prononce, vous avez été guidés par un intérêt encore plus élevé que celui de la famille, vous avez senti que cet article 335 contenait une règle de haute moralité, un principe d'honnêteté publique, qui ne devait transiger qu'avec la force majeure. Vous avez compris que, du moment où, par l'effet d'une reconnaissance effrontée d'une paternité adultérine, un droit quelconque, au profit ou au préjudice de l'enfant adultérin, pourrait être exercé, l'exercice de ce droit serait un scandale public. Pénétrant dans l'intention du législateur, qui avait essentiellement en vue de mettre la sainteté du mariage à l'abri de cette profanation, vous avez décidé qu'en aucun cas la reconnaissance d'un enfant adultérin ne pourrait produire d'effet, soit contre l'enfant pour faire réduire à de simples aliments les donations faites en sa faveur, soit à son profit pour faire condamner l'auteur de cette reconnaissance à lui fournir des aliments.

N'en déplaise à Teulet et Dauvilliers, c'est là aussi de la morale, et celle-ci a du moins sur l'autre l'incontestable avantage de se conformer aux principes et d'obéir à la loi.

Comment ces auteurs peuvent-ils approuver ce qu'ils déclarent eux-mêmes être contraire aux principes? Ils savent cependant que les tribunaux n'ont d'autre mission que de les appliquer. S'ils leur paraissent blesser l'équité et la morale, ils peuvent les signaler à la sollicitude du législateur, en solliciter la réforme. Mais en attendant que le législateur ait avisé, refuser d'y souscrire, c'est usurper un pouvoir qui n'appartient pas à la justice, et sortir des limites dans lesquelles se restreint sa juridiction.

1381. — Certes, personne ne se montre plus effrayé de la doctrine de la cour de cassation que Chardon ; nul ne la juge aussi sévèrement. Pour Chardon, en effet, cette doctrine arrive à un immense scandale; elle doit, dans un temps prochain, amener la ruine du mariage, le mépris de la religion, l'anéantissement de la civilisation [2]; et de tout cela que va-t-il conclure? qu'il faut désobéir à la loi, à laquelle il reconnaît que cette doctrine se conforme? Non certes, ce qu'il se contente de faire, c'est d'émettre le vœu d'une réforme. Cette conclusion aurait dû être celle de tous ceux qui partagent ces craintes fort heureusement chimériques, celle surtout de ceux qui ont mission d'appliquer la loi.

1382. — Quoi qu'il en soit, les auteurs de la jurisprudence que nous combattons cherchent à la justifier à l'aide d'arguments plus ou moins spécieux. Les deux plus importants invoqués à cet effet consistent à prétendre : 1° que la donation fondée sur une paternité adultérine ou incestueuse a une cause illicite et doit être annulée par application de l'article 1131 du Code civil; 2° que cette donation est indivisible de la reconnaissance de la paternité; que par conséquent la nullité de celle-ci détermine forcément la nullité de l'autre.

Marcadé [3] répond au premier que la qualité d'enfant n'est pas la *cause immédiate* de la libéralité; que cette cause réside exclusivement dans la volonté de donner; et qu'à l'égard du motif qui détermine la volonté de donner, et qui forme ainsi la *cause médiate* de la libéralité, il est et doit être sans influence sur la validité de la disposition.

Les annotateurs de Zachariæ [4] répondent au second que cette prétendue indivisibilité n'est qu'un pur sophisme, car il s'agit ici de deux actes juridiques, distincts l'un de l'autre, et qui n'ont rien de commun, si ce n'est de se trouver dans un même acte instrumentaire. Ainsi, rien n'empêche d'écarter la reconnaissance comme entachée de nullité, et de maintenir la disposition dans son intégrité, comme faite en faveur d'une personne dont l'incapacité ne se trouve pas

[1] Codes annotés, art. 335, nos 91 et suiv.
[2] *Du Dol et de la Fraude*, t. III, p. 33 et suiv.
[3] *Éléments du droit civil*, art. 762.
[4] T. IV, p. 93, note 7.

légalement justifiée. En vain essayerait-on de se soustraire à cette conséquence, en invoquant l'article 1131, et en attaquant la disposition comme étant fondée sur une cause illicite, comme étant dépourvue de cause. En effet, la reconnaissance une fois écartée comme illégale, il n'existe plus, aux yeux de la loi, de preuve de la filiation. On ne peut donc présenter la disposition comme fondée sur une cause illicite, pour ce qui excède les aliments dont il est permis de disposer en faveur des enfants adultérins ou incestueux. D'un autre côté, on ne peut l'attaquer comme dépourvue de cause, parce qu'une disposition à titre gratuit ne requiert d'autre cause que la volonté de gratifier celui au profit duquel elle est faite.

1383. — Ces réponses nous paraissent décisives autant que péremptoires; elles dissipent les voiles dont s'enveloppe le refus d'appliquer la loi. Nous n'hésitons donc pas à conclure que la seule doctrine légale sur la portée réelle des articles 335 et 762 est celle à laquelle la cour de cassation s'est dès longtemps arrêtée, à savoir : que la prohibition consacrée par le premier est d'ordre public, qu'en conséquence toute reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est frappée d'une nullité radicale et absolue ; qu'elle est censée n'avoir jamais existé, et ne peut dès lors créer un droit quelconque pour ou contre l'enfant ;

Que l'article 762 n'est applicable qu'aux enfants adultérins ou incestueux, reconnus tels par le résultat d'une poursuite ou d'un jugement n'ayant pas eu pour objet la recherche de l'adultère ou de l'inceste sévèrement interdite par l'article 342.

1384. — Dans le cas où, sans l'avoir recherchée, on arrive à constater une filiation adultérine ou incestueuse, le père est absolument incapable de donner, et le fils de recevoir au delà des aliments dont l'article 763 règle les proportions. Conséquemment, toute donation à l'effet d'éluder, sur ce point, l'intention formelle du législateur, serait de plein droit réductible.

Il importerait peu que cette donation se fût déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. La simulation ne peut jamais servir à triompher d'une prohibition d'ordre public. Elle est nulle comme le serait l'acte qu'elle a pour but de masquer, s'il avait été fait directement. Cette nullité pourrait être prouvée par témoins, même par la partie ayant coopéré à la simulation.

1385. — La loi s'est montrée moins sévère pour les enfants naturels simples. L'état de liberté du père et de la mère atténue leur faute aux yeux même de la morale, et la loi permet d'en effacer toutes les conséquences en autorisant la légitimation par mariage subséquent.

Cette légitimation, la loi l'appelle de tous ses vœux, mais prévoyant le cas où elle ne se réaliserait pas, le législateur a dû s'occuper de fixer le sort des enfants naturels.

Le respect dû au mariage, l'importance de la famille qui en naît, ne permettaient pas d'assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes. Les fruits d'une union consacrée par la loi et par la religion devaient être largement préférés. Voici comment le législateur y a pourvu.

1386. — L'article 334 permet aux parents de reconnaître l'enfant naturel. Cette reconnaissance purement facultative peut se réaliser alors même que son auteur est engagé dans les liens du mariage avec un autre que le père ou la mère de l'enfant. Il suffit qu'à l'époque de la naissance ou de la conception de l'enfant ainsi reconnu, il fût libre de pareils engagements.

Cette reconnaissance faite au moment de la naissance de l'enfant peut résulter de l'acte civil qui la constate; à défaut, elle peut être faite par tout autre acte, pourvu que l'acte ait été reçu en la forme authentique. Remarquons, en effet, qu'en présence des termes exprès de l'article 334, la reconnaissance sous seing privé, quelque certaine qu'en fût la date, ne saurait produire le moindre effet.

1387. — Nous venons de dire que l'époux peut, pendant le mariage, reconnaître un enfant naturel qu'il aurait eu, avant le mariage, d'un autre que de son conjoint. Cette faculté la femme peut l'exercer sans avoir besoin de l'autorisation de son mari.

1388. — Quelque grave que soit un acte de cette nature, quelque compromettantes qu'en puissent être les conséquences, la loi a été amenée à en suspecter la sincérité. Elle s'est donc préoccupée du cas où la reconnaissance ne serait due qu'à une idée de vengeance et de haine contre l'autre époux ou contre les enfants nés du mariage; l'article 337 répond à cette prévision. Il décide que la reconnaissance, que fait l'un des époux pendant le mariage, ne saurait nuire ni à l'époux, ni à l'enfant; ainsi l'enfant naturel, qui en a été l'objet, ne pourra rien prétendre sur la succession de l'époux même dont elle émane. La question de savoir s'il peut au moins demander des aliments est même diversement résolue [1]. Loiseau enseigne que le père devrait ces aliments même sur les biens de la commu-

[1] Cass., 27 août 1811; Toulouse, 6 mai 1826.

nauté, parce que, chef de cette communauté jusqu'à la dissolution du mariage, il a le droit d'en aliéner ou d'hypothéquer les biens; mais il refuse à l'enfant le droit d'en obtenir après la mort de son père, parce qu'alors, et contrairement à l'article 337, la reconnaissance nuirait aux enfants légitimes, s'ils pouvaient être contraints à satisfaire aux aliments [1].

1389. — La disposition de l'article 337, ayant uniquement pour objet de prévenir une fraude, devient inapplicable lorsque, par la manière dont elle s'est produite, la reconnaissance exclut formellement toute idée de fraude. Cette évidence est acquise lorsque la maternité résulte d'un jugement contradictoirement rendu contre l'épouse à la requête du mari, de ses héritiers, de l'enfant lui-même.

En effet, le mari peut désavouer l'enfant pour naissance précoce, ses héritiers peuvent en contester la légitimité, pour cause de naissance tardive; la réussite de l'une ou de l'autre de ces actions confère à l'enfant la qualité d'enfant naturel simple, puisque, dans toutes les deux, l'époque de la conception se place hors du mariage, et la maternité de l'épouse est indubitable. Toute idée de fraude disparaît également, car la filiation imposée à l'enfant est bien loin d'être pour lui un avantage, elle lui enlève les droits de la légitimité et le réduit à la qualité d'enfant naturel.

D'autre part, la recherche de la maternité étant admise, l'enfant peut, dans les formes et conditions voulues par la loi, faire constater celle qu'il impute à une femme mariée depuis. Il est évident, dans cette hypothèse, que l'existence du mariage ne peut être un obstacle à ce qu'il jouisse des droits que le gain de son procès lui confère.

En conséquence, dans l'un comme dans l'autre cas, l'article 337 reste sans application. Cet article ne prévoit que la reconnaissance purement volontaire, et non celle qui résulterait de la force des choses, et comme conséquence d'un jugement contradictoirement obvenu [2].

1390. — La reconnaissance régulièrement faite est irrévocable, son bénéfice est désormais assuré, mais elle pourrait être annulée s'il était prétendu et prouvé qu'elle a été le fruit de la violence, de la fraude ou du dol. Il importe, en effet, qu'un acte aussi important soit le fruit d'une volonté spontanée et libre. Les principes généraux, en matière de contrats, lui sont incontestablement applicables. Conséquemment les vices du consentement, annulant ceux-ci, feraient rétracter la reconnaissance [3].

1391. — Mais l'enfant n'est pas forcé de subir la reconnaissance dont il est l'objet, il lui appartient de la contester et de la faire repousser. Il peut, en effet, avoir un intérêt sérieux à ne pas avoir pour père l'auteur de cette reconnaissance, et c'est dans ce sens que le droit romain exigeait son consentement pour la validité de la reconnaissance : *Inviti filii naturales non rediguntur in patriam potestatem* [4].

1392. — En droit français, la nécessité de ce consentement a été appuyée sur le motif qu'en matière de reconnaissance, la plus exacte réciprocité devrait régner entre le père et le fils. Le premier ne pouvant jamais être contraint à reconnaître, on ne devrait pas forcer le second à être reconnu, avec d'autant plus de raison que cette reconnaissance tardive peut n'être que l'effet d'un calcul difficile à déjouer.

Cependant cette solution répugne à notre législation. La reconnaissance peut avoir lieu dans l'acte de naissance même. Comment, dans ce cas, se préoccuper du consentement de l'enfant? Comment exiger de lui un refus ou une opposition? Renvoyer cette reconnaissance jusqu'à l'époque où il sera capable de l'un ou de l'autre, c'était, dans bien des cas, nuire gravement à l'enfant, et lui enlever le bénéfice de la naturalité par le prédécès de ses père et mère. Cependant cette mesure devenait indispensable si on avait admis la nécessité de son consentement. En conséquence, la faculté de reconnaître dans l'acte de naissance indique que le Code n'a pas voulu se conformer à la législation romaine.

La réciprocité, en faisant la base, quelque équitable qu'elle paraisse, n'était pas possible en fait, car la position des parties est fort loin d'être égale. Il n'y a de certitude possible sur le fait de la paternité que par l'aveu qu'en fait son auteur. Jusqu'à cet aveu on peut se livrer à telles ou telles conjectures, mais arriver à la vérité sincère et réelle est à peu près impossible. Donc, la déclaration du père est indispensable. Telle n'est pas, à beaucoup près, la position du fils; le fait qu'il s'agit de rechercher a nécessairement précédé sa naissance. Sur quelles données s'appuiera-t-il donc pour l'établir ou le contester? Cette inégalité forcée dans les moyens devait en amener une

[1] *Des Enfants naturels*, p. 435.

[2] Toullier, t. II, no 958; Duranton, t. III, no 255; Rouen, 29 mai 1829 et 20 mai 1809; Rennes, 22 mars 1810; cass., 24 novembre 1830.

[3] Paris, 14 décembre 1833.

[4] L. 11, Dig., *de his qui sui vel alieni juris sunt.*

dans le pouvoir de constater le fait, c'est ce qui a fait admettre d'une part la reconnaissance du père dès qu'elle se manifeste; repousser de l'autre toute recherche et conséquemment toute action du fils en déclaration de la paternité. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant ne pouvait être que l'écho de sa mère, et l'on en revenait à cette règle odieuse et injuste : *Creditur virgini paternitatem afferenti.*

Mais, est-ce à dire par là que l'enfant est condamné à se courber sous une reconnaissance pouvant n'être que l'effet d'un calcul et non l'expression de la vérité? Non, évidemment; l'article 339 laisse la faculté de contester la reconnaissance à toutes les parties intéressées, et de plein droit l'enfant se place à la tête de celles-ci. Il est donc recevable à la discuter et à justifier que sa déclaration est une fausseté devant disparaître [1]. Il le serait surtout si, déjà en possession de la qualité d'enfant naturel simple, la reconnaissance du père devait avoir pour effet de lui imprimer le caractère d'enfant adultérin ou incestueux. Dans ce cas, la reconnaissance serait nulle de plein droit.

1393. — Mais une difficulté sérieuse, que fait surgir l'application de cette règle, est celle de savoir si la charge de prouver la fausseté de la déclaration incombe à l'enfant. Toullier se prononce pour l'affirmative. Puisque, dit-il, la reconnaissance n'exige ni le concours, ni le consentement de l'enfant, la contestation qui en est faite est une demande principale, ordinaire, que son auteur est tenu de justifier. On ne peut faire fléchir ce principe en faveur de l'enfant.

La cour de Rouen, saisie de la question, ne l'a pas résolue. Un arrêt, qu'elle a rendu le 15 mars 1826, décide seulement qu'en cas de contestation, l'acte de reconnaissance n'établit, sur la paternité, qu'une présomption qui peut être détruite par d'autres présomptions de même nature. En ce cas, la preuve de la paternité ou de la non-paternité ne doit pas être mise à la charge exclusive de l'une ou de l'autre des parties, les juges doivent se déterminer d'après les circonstances de la cause.

1394. — Mais la cour de Montpellier a formellement abordé la question, et l'a nettement tranchée à l'aide de la distinction suivante : Lorsque la reconnaissance de l'enfant est contenue dans l'acte de naissance, ses effets ne peuvent être détruits que par la preuve de sa fausseté, et cette preuve incombe à l'enfant; il en est autrement lorsque la reconnaissance est postérieure à l'acte de naissance. Dans ce cas, cette reconnaissance, si elle est contestée, doit être appuyée de preuves venant attester la sincérité du fait qu'elle contient [2].

1395. — Cette distinction nous paraît juridique et sage. Elle se conforme à l'esprit général de notre législation, en matière de fraude. En effet, nous l'avons fait remarquer déjà, plus la fraude acquiert de facilités, plus elle est possible, et plus la méfiance de la loi et sa sollicitude augmentent. Or, la reconnaissance sera contestée comme n'étant que l'effet d'un calcul odieux, d'un intérêt sordide. Mais de pareils reproches se conçoivent peu, lorsque cette reconnaissance se trouve dans l'acte de naissance. L'avenir incertain de l'enfant, l'impossibilité de savoir si la reconnaissance sera un bénéfice et non une charge, lui impriment un caractère de véracité tel, qu'elle ne le perdra que par la preuve contraire, que l'enfant est admissible à fournir.

Mais il n'en est plus de même lorsque la reconnaissance s'éloigne du moment de la naissance. On doit se montrer d'autant plus difficile à l'admettre, que la position de l'enfant sera plus ou moins fixée, qu'il sera plus facile de prévoir son avenir. Alors les reproches de calcul et de spéculation deviennent plus ou moins vraisemblables et une juste méfiance doit remplacer la faveur que mérite la première hypothèse. Alors aussi, le père prétendu a à justifier son long silence, son changement de conduite, à apporter, enfin, à l'appui de sa déclaration, des faits la corroborant et de nature à en appuyer la véracité. Nous le répétons donc, la solution de la cour de Montpellier est frappée au coin de la légalité et de la raison.

1396. — La reconnaissance définitivement acquise a pour effet de soumettre, dans les limites tracées par la loi, la personne et les biens de l'enfant à la puissance paternelle. Elle oblige le père ou la mère à fournir des aliments, même après la majorité de l'enfant, s'il est dans le besoin; enfin, elle donne à ce dernier le droit de se présenter à la succession et d'y recueillir la quote-part qui lui est formellement réservée.

Il suit de la détermination que la loi a faite de cette réserve, que l'enfant naturel ne peut rien recevoir au delà. C'est ce que, d'ailleurs, le législateur a cru devoir rappeler expressément

[1] Rouen, 15 mars 1826; Nîmes, 2 mai 1837; *Journal du Palais*, t. II, 1837, p. 285; Toullier, t. II, n° 260.

[2] 11 avril 1826.

dans l'article 908. C'est là une véritable incapacité que le désir de multiplier les mariages, en en favorisant les fruits légitimes, a dû faire consacrer.

1397. — Les effets de cette incapacité ne sont pas la nullité absolue des dispositions faites en faveur de l'enfant naturel. Ils se bornent à la réduction jusqu'à due concurrence de la réserve à laquelle il a droit de prétendre.

1398. — Cet effet, quoique restreint, suffira quelquefois pour inspirer la pensée de recourir à une simulation pour en éluder l'application, mais rappelons-nous qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi prohibe d'accomplir directement. Ainsi, la libéralité, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, n'échappera pas à la réduction, à la nullité complète, si, indépendamment et en dehors de cet acte, l'enfant naturel est couvert de sa réserve.

1399. — L'une et l'autre pourront incontestablement être poursuivies par les héritiers. Mais le père pourrait-il, de son chef, demander la rétractation de l'acte simulé?

La négative nous paraît devoir être admise, non pas toutefois au point de vue de la complicité de la fraude, et par application de la maxime *nemo auditur*, etc. En effet, la fraude, dans cette circonstance, aurait pour effet de violer une loi d'ordre public, ce qui, comme nous l'avons dit, autorise la partie à en faire prononcer la nullité, après en avoir établi l'existence par la preuve testimoniale.

Mais ce qui rend la demande du père irrecevable, c'est, d'une part, que, pendant la vie, il est maître absolu de ses biens; qu'il peut en disposer ainsi qu'il l'entend, sans que ses héritiers, même légitimes et directs, aient à s'immiscer dans le mode d'administration qu'il lui plaît choisir, ni à redire contre les actes qu'il souscrit. Pouvant donc donner tout à un étranger, il peut également le donner à l'enfant naturel, sauf le droit de ses héritiers dans l'un et l'autre cas. Dès lors le père, n'étant pas incapable de disposer directement, a sans contredit valablement pu le faire par la voie indirecte.

D'autre part, l'enfant naturel n'est atteint d'aucune incapacité relativement aux biens de son père, tant que celui-ci existe. Jusqu'au décès, il possède ces biens en vertu d'une délégation régulière que le père pouvait ne pas consentir, mais qui, l'ayant été, devient obligatoire pour lui comme pour tous, à un titre incontestable.

Comment, en effet, du vivant du père, établir que la libéralité excède ou non la réserve de l'enfant naturel, et dans quelles proportions? Mais cette réserve ne sera déterminée qu'au décès et par la qualité des héritiers appelés à recueillir la succession. Les héritiers présomptifs, au moment de la simulation et de la libéralité, pourront prédécéder de telle sorte, que par l'absence de tous représentants au degré voulu, l'enfant naturel verra sa réserve se composer de l'intégralité de l'hérédité. Comment donc comprendre, en l'état de cette incertitude, que quelqu'un pût demander la réduction d'une libéralité que l'événement peut rendre inattaquable?

Ainsi la question de savoir s'il y a lieu ou non à réduction, et sur quelles bases il faut l'opérer, est nécessairement subordonnée au décès du père naturel et à la qualité des héritiers existant à cette époque. Aussi la loi ne déclare l'enfant naturel incapable qu'au respect de cette succession. Tout ce qui est fait avant est régulier et valable. Le père ne pourrait donc, sous aucun prétexte, s'en faire relever.

1400. — Le légataire universel du père pourrait-il, après la mort de celui-ci, faire réduire les libéralités directes ou indirectes faites au fils naturel? Non, dit Loiseau, [1] attendu que le défunt a pu imposer à la libéralité telle condition qu'il a trouvée convenable; que la première obligation des légataires est de respecter la volonté du défunt; qu'en attaquant le legs destiné à l'enfant naturel, en en demandant la réduction, ils outragent la mémoire de leur bienfaiteur; qu'une disposition de dernière volonté est une et indivisible; qu'il faut la suivre ou la rejeter tout entière; que le légataire universel ne peut donc se dispenser d'acquitter la charge et les legs dont il est grevé, s'il veut lui-même recueillir le montant de son institution.

Ces raisons sont loin de nous paraître concluantes. L'obligation, pour le légataire ou l'héritier institué, de respecter la volonté du testateur, est une obligation purement morale, ne créant un lien civil obligatoire que lorsque cette volonté est elle-même conforme à la loi. D'autre part, l'indivisibilité du testament est une fiction inadmissible; il y a autant de testaments distincts qu'il existe de dispositions différentes, et la validité ou la nullité de l'une d'elles ne saurait ni profiter, ni nuire aux autres.

Nous sommes, cependant, de l'avis de Loiseau, parce qu'avec lui nous dirons que la prohibition de l'article 908 n'est pas absolue; qu'elle n'existe qu'en faveur des héritiers du sang, parce qu'eux

[1] *Des enfants naturels*, p. 674.

seuls ont à souffrir de la disposition excessive du testateur; qu'elle leur enlève la succession du père naturel, qui leur était légalement promise, tandis que la loi ne promettait rien au légataire, tenant tout de la volonté unique du défunt. En d'autres termes, les légataires ne succèdent qu'aux droits et actions qui se trouvent dans la succession. Or, celle en réduction des avantages faits à l'enfant naturel n'a jamais appartenu au père. Elle ne peut donc se trouver dans la succession. D'ailleurs, si les héritiers légitimes renoncent, la portion de l'enfant naturel augmente à chaque degré; même, à défaut absolu d'héritiers légitimes, la disponibilité du père est de l'intégralité de la succession. Sous tous ces rapports, les légataires universels ou autres n'ont aucune réduction à rechercher, ni aucune demande en nullité à former, quand l'héritier du sang garde le silence.

1401. — Il n'en serait pas de même pour les incapables dont parle l'article 909. Le fondement de la nullité est tout autre. Le père naturel cherche à éluder la loi par un sentiment d'affection que la loi condamne, non en ce qui le concerne lui-même, mais seulement à l'endroit de ses héritiers légitimes. La libéralité faite aux incapables de l'article 909 est censée le produit d'une influence dolosive, et, si cet article prévoit la mort de son auteur, c'est moins pour priver celui-ci du pouvoir de réclamer que pour préciser la condition de l'existence de la présomption de fraude qu'elle autorise.

Ainsi, la libéralité dolosive est, par rapport à son auteur, ce qu'elle est à l'égard de ses héritiers. Revenu à la santé, le premier pourra, comme ses héritiers le feraient, s'il venait à mourir, en poursuivre la nullité.

Nous n'avons pas à nous occuper du cas où la libéralité a été consentie sous la forme testamentaire. La faculté de refaire le testament est exclusive de toute obligation de s'adresser à la justice.

Mais s'il s'agit d'une donation entre-vifs, directe, ou déguisée, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, rien ne pourrait l'empêcher d'en poursuivre la nullité, et il lui suffirait, pour l'obtenir, de prouver que le prétendu contrat onéreux n'est qu'une libéralité; que cette libéralité a été faite pendant la maladie, et, comme telle, légalement présumée dolosive et frauduleuse.

L'auteur de la libéralité pouvant en poursuivre la nullité, l'action existe dans sa succession et peut être exercée par tous légataires ou héritiers, comme par les héritiers du sang.

CHAPITRE III.

FRAUDES CONTRE LES TIERS.

SOMMAIRE.

1402. — Matière du chapitre.
1403. — Quelles sont les personnes désignées sous la dénomination de tiers?
1404. — Division.

1402. — Nous avons vu jusqu'à présent la loi, mue par des idées d'équité et de justice, venir au secours des parties contractantes et autoriser celle que la fraude a voulu léser, non-seulement à se faire indemniser du préjudice qu'elle a souffert, mais encore à demander d'être relevée de ses propres engagements.

S'occupant ensuite de l'inviolabilité des prescriptions que l'ordre public ou l'intérêt général lui a dictées, nous l'avons vu proscrire d'une manière absolue toutes les simulations à l'aide desquelles on tenterait de les éluder, et, pour pouvoir plus sûrement les atteindre, permettre aux parties de lui en signaler l'existence, de la prouver même par témoins, malgré que chacune d'elle ait assumé sa part de responsabilité dans la violation de ses volontés.

Mais ce n'était pas tout que de veiller à ce double et puissant intérêt. Il en existait un troisième qui se recommandait à toute sa sollicitude, parce qu'il était encore plus incessamment menacé. Nulle part, en effet, la fraude n'était plus facile, plus prochaine que dans l'hypothèse qui nous reste à examiner; nous voulons parler de la simulation pour tromper les tiers.

1403. — Les tiers sont non-seulement les créanciers, mais encore, et dans certaines circonstances, la femme, les enfants, les parents successibles de l'auteur de la fraude. Les premiers ont le droit de compter, pour le payement de ce qui leur est dû, sur l'universalité de la fortune de leur débiteur que la loi a expressément affectée à cette destination. Cela s'entend non-seulement des biens présents, mais encore de tous ceux que le débiteur sera appelé à recueillir plus tard. Tenter de diminuer, d'altérer ce gage, refuser de l'augmenter, c'est attenter à des intérêts légitimes et compromettre des droits d'autant plus sacrés qu'ils n'ont été contractés que sous la foi des garanties formelles que leur promettait la loi.

D'autre part, la femme a droit soit à la restitution de ses dot et reprises, soit à une part égale dans la communauté. Les enfants sont appelés à prendre dans la succession de leurs parents une part déterminée par la loi. Enfin les succes-

sibles eux-mêmes sont préférés à certaines incapacités. En conséquence, tout ce qui tend à léser ces divers droits est de nature à violer non-seulement la loi, mais encore à occasionner un grave préjudice. C'est ce double but que se propose ordinairement la simulation.

1404. — Comment assurer cependant l'exécution de la loi, si les personnes menacées par la fraude ne pouvaient de leur chef se plaindre de la simulation et la faire annuler? Le législateur, placé en présence de cette difficulté, ne pouvait la résoudre logiquement qu'en accordant l'action que ce double but rendrait indispensable. C'est cette action que nous allons examiner dans son origine, dans sa nature et dans son caractère; dans les conditions imposées à son exercice; dans le mode de preuves qu'elle exige; enfin, dans les effets suivant le contrat qui est argué de simulation.

SECTION I.

ORIGINE, NATURE ET CARACTÈRE DE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1405. — Fondement équitable de l'action.
1406. — N'existait pas dans l'ancien droit romain qui affectait à la dette la personne plutôt que les biens du débiteur.
1407. — Première modification introduite; faculté pour les créanciers de se faire mettre en possession des biens de leur débiteur.
1408. — L'insuffisance de ce palliatif amena enfin le préteur Paul à créer l'action révocatoire, qui a gardé son nom.
1409. — Véritable caractère de cette action, son étendue restreinte aux actes d'aliénation.
1410. — Caractère de l'action considérée par les Pandectes comme personnelle *in factum*, elle est qualifiée de réelle dans les Institutes.
1411. — Délai de quatre ans substitué par Justinien au délai primitif de deux ans.
1412. — Cette action était bien plus utile en droit romain qu'en droit français. — Pourquoi?
1413. — Elle fut néanmoins admise par celui-ci, qui assimila le refus d'acquérir à l'aliénation.
1414. — Motif et développement de cette modification.
1415. — Le Code civil a définitivement consacré la doctrine de notre ancien droit.

1405. — L'action des tiers, contre la fraude dont ils sont victimes, est une conséquence de la protection due à tous les intérêts légitimes, une émanation de ce devoir de haute moralité et de saine justice, se résumant dans ce sublime précepte : *suum cuique tribuito*. Elle n'a, en effet, d'autre objet que de prévenir et d'empêcher ces entreprises odieuses qui, tout en foulant aux pieds les prescriptions de la loi, causent à autrui un préjudice injuste et déloyal. Qu'un débiteur ait à se plaindre d'un créancier, sa plainte doit être déférée à la justice, et pleine satisfaction lui sera accordée, si elle repose sur des griefs fondés. Mais que sous ce prétexte, s'érigeant lui-même en juge souverain, il réduise par des coupables manœuvres ses créanciers à perdre tout ou une notable partie de ce qui leur est dû; que mû, le plus souvent, par le seul désir de ne pas payer, il se constitue dans un état apparent d'insolvabilité, à l'aide de contrats simulés ou frauduleux, c'est ce qui ne pouvait être souffert sans une monstrueuse iniquité.

Pouvait-on mieux tolérer que, dans le but de s'enrichir personnellement, un mari disposât du patrimoine de sa femme? Qu'égaré par des sentiments de haine ou d'affection, un père de famille fît passer sur une tête étrangère ce qui doit appartenir à tous ses enfants, ou réunît sur l'un d'eux la plus grande partie du patrimoine commun? Qu'obéissant à une tendresse illégitime, il outre-passât, au détriment de ses héritiers naturels, les bornes que la loi lui a formellement assignées?

Aucune de ces questions ne pouvait être douteuse pour le législateur, et c'est dans la solution qu'il leur a donnée que se trouve l'origine de l'action autorisée aujourd'hui par l'article 1167.

1406. — Cette action n'existait pas dans le droit romain primitif. Ce n'est pas cependant que le premier législateur de Rome eût méconnu les notions d'équité qui en font la base; son silence était la conséquence unique de la manière dont il avait considéré les effets des obligations. Les débiteurs répondaient de leur dette, non sur leurs biens, mais sur leur personne. De telle sorte que l'impossibilité de rembourser les rendait esclaves de leur créancier.

A leur mort, leurs héritiers nécessaires étaient soumis à la même condition, comme *sustinens personam defuncti*, mais ils pouvaient obtenir du préteur la faculté de ne pas s'immiscer dans la succession. L'hérédité se trouvait alors déférée aux héritiers étrangers, mais ceux-ci, ne voulant pas être tenus *ultra vires*, n'acceptaient qu'en tant qu'il intervenait une transaction par laquelle les créanciers, voulant empêcher une répudiation qui leur eût tout enlevé, consentaient à abandonner une partie plus ou moins forte de ce qui leur était dû.

1407. — Cet état de choses, et les réclamations qu'il excitait, conduisirent à penser que le patrimoine ne devait pas être séparé de la personne, et qu'après tout, il convenait mieux que les débiteurs payassent de leurs biens plutôt que de leur personne. On considéra dès lors les premiers

comme tacitement engagés. Cette importante modification dans le caractère de l'obligation en amena une dans l'exécution. A la mort du débiteur, les créanciers eurent la faculté de se faire mettre en possession des biens, faculté qu'un édit du préteur Publius Rutilius permit bientôt d'exercer du vivant même du débiteur. Cette mise en possession prononcée, un curateur était nommé, qui exerçait les actions et liquidait dans l'intérêt des créanciers.

1408. — Mais ce ne fut là qu'un palliatif insuffisant, la mise en possession ne portait que sur les biens réellement existants au moment où elle était prononcée. Tout ce qui avait été aliéné jusque-là était définitivement perdu pour les créanciers. Or, on comprend que ce danger d'expropriation planant sans cesse sur le débiteur, celui qui voulait frauder ses créanciers mettait le temps à profit, et que de nombreuses et importantes aliénations avaient singulièrement réduit le gage, lorsqu'il arrivait dans la possession des créanciers.

On voulut d'abord, dans leur intérêt, appliquer à ces aliénations l'interdit restitutoire. Mais cet interdit ne pouvait avoir lieu qu'en matière de vente et qu'en tant que la mauvaise foi de l'acheteur était établie. La marge restait donc encore assez belle pour la fraude, et elle savait l'exploiter.

C'est alors enfin que le préteur Paul imagina l'action qui a gardé son nom, et suivant laquelle le curateur aux biens, ou les créanciers eux-mêmes, purent attaquer tous les actes faits en fraude de leurs droits. Voici les termes de cet édit, tels que le Digeste nous les a transmis : *Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei qui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo* [1].

1409. — Ulpien explique ainsi la portée de cette loi : *Ait prætor quæ fraudationis causa gesta erunt. Hæc verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factum, vel alienationem, vel quemcumque contractum. Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari qualemcumque fuerit, nam late ipsa verba patent. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilationem, vel pacto, aliquem liberavit.*

Il est à remarquer que cet édit ne s'appliquait qu'aux actes d'aliénation proprement dits, ayant pour effet de diminuer le patrimoine acquis du débiteur. Le refus de l'augmenter, et conséquemment la répudiation d'une succession, d'un legs, d'une légitime, etc., n'ayant pas ce caractère, ne pouvait donner la matière d'une action : *Nec propria alienari intelliguntur, qui duntaxat omittunt possessionem* [2].

Sans doute, dit Voet, il y a fraude contre les créanciers par l'omission d'acquérir. Cependant on ne saurait assimiler le refus fait d'augmenter son patrimoine à l'aliénation qu'on en fait pour le diminuer et le faire disparaître, et la loi ne prévoit que celle-ci [3].

Ainsi, en droit romain, la fraude donnant ouverture à l'action paulienne, ne consistait que dans la disposition des biens ou droits actuellement et réellement possédés par le débiteur. Il importait peu que cette disposition eût été activement ou passivement soufferte. Il suffisait que les biens et les droits eussent été volontairement diminués ou perdus pour qu'on fût recevable à se pourvoir. En conséquence, on assimilait à une aliénation la désertion d'une instance, soit que, défendeur, on ne se fût pas présenté, soit que, demandeur, on eût laissé acquérir la péremption et la prescription de l'action; le non-usage d'une servitude ou d'un usufruit, l'obligation ou la libération d'un débiteur consentie par fraude, l'exception accordée, ou la délation du serment litisdécisoire; en un mot, tous les actes entraînant comme conséquence que le débiteur n'aura plus après ce qu'il avait avant [4].

1410. — Dans les Pandectes, l'action paulienne est qualifiée d'action personnelle et *in factum*. Ce qui la produit, en effet, c'est la fraude que le débiteur a commise et dont les créanciers demandent la réparation. Il est vrai qu'à ce titre on parvient à faire rentrer dans la possession du débiteur les biens qu'il avait aliénés, et cette conséquence a été signalée comme pouvant donner à l'action un caractère de réalité, mais cette opinion est énergiquement réfutée par Voet : *Falluntur quibus placuit eam actionibus in rem accenseri oportere, cum non nascatur ex aliquo jure in re, longe minus ex jure dominii. Quippe quod creditoribus fraudatis ne post missionem quidem in possessionem quæritur, sed tantum ex aliquo facto improbo, nempe fraude non modo alienantis, sed vel præcipue ejus, in quem alienatio facta fuit.*

C'est cependant cette erreur que Justinien

[1] L. 1, Dig., *quæ in fraudem credit.*
[2] L. 119, Dig., *de reg. juris.*
[3] *Ad Pandectas*, l. 42, t. VIII, no 16.
[4] L. 3 et 4, Dig., *quæ in fraud. credit.*

aurait lui-même commise. Nous trouvons, en effet, dans les Institutes [1], placée au nombre des actions réelles, celle accordée aux créanciers pour faire rentrer, sous la possession de leur débiteur, les choses qui en sont sorties en fraude de leurs droits. C'est ce qui fait dire à Perezius que l'action, personnelle par rapport aux créanciers, peut être considérée comme réelle eu égard aux droits de propriété que le débiteur avait sur les biens aliénés et, en quelque sorte, revendiqués par les créanciers [2].

1411. — Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de remarquer, c'est que Justinien porta à quatre années le délai de l'action, qui n'était d'abord que d'un an.

1412. — Il n'est pas douteux, comme l'observe Domat [3], que l'action paulienne ne fût en droit romain d'une bien plus haute utilité que sous l'empire du droit français. Dans le droit romain, en effet, on contractait souvent sans écrit, et l'hypothèque elle-même pouvait s'acquérir par une convention verbale [4]. Les fraudes étaient donc plus faciles et devaient être bien plus nombreuses que sous une législation exigeant qu'il fût passé un acte écrit pour toute obligation excédant 150 francs et ne reconnaissant plus d'hypothèques verbales.

1413. — Néanmoins, l'action fut admise non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans tous les pays coutumiers, dont la coutume n'avait rien statué à cet égard; et loin d'y apporter aucune restriction, le droit français l'étendit en plaçant dans la catégorie des actes susceptibles de l'engendrer ceux par lesquels le débiteur refusait d'augmenter son patrimoine.

1414. — Cette modification puisait sa source dans ce double principe : 1° les créanciers ont dû compter, pour le remboursement de ce qu'ils prêtent, non-seulement sur les biens présents du débiteur, mais encore sur ceux qu'il serait appelé à recueillir dans l'avenir; 2° par l'effet de la saisine, les biens de l'hérédité appartiennent réellement à l'héritier. Conséquemment, on considéra la renonciation de celui-ci comme diminuant, en fait, son patrimoine et comme trompant les justes prévisions de ses créanciers.

La jurisprudence n'en resta pas là, et bientôt ce qu'elle décidait pour une succession, elle l'admit pour la renonciation à un legs, à une légitime, à une substitution, à une communauté, enfin à celle à un usufruit légal ou conventionnel, au droit d'opposer une prescription acquise [5].

1415. — Tel était l'état de la législation lorsque parut le Code civil. D'une part, le droit romain proscrivant toute faculté de diminuer ou d'aliéner le patrimoine actuel par quelque moyen que ce fût; d'autre part, le droit français s'appropriant cette prohibition et y ajoutant, en considérant le refus d'acquérir comme une véritable aliénation. Le nouveau législateur s'est prononcé dans ce dernier sens, et a, conséquemment, maintenu tout ce qu'avait fait son prédécesseur immédiat. Telle est la conclusion logique à tirer des articles 1166 et 1167.

Le premier accorde aux créanciers le pouvoir de veiller eux-mêmes et de prendre toutes les mesures nécessaires pour la conservation des droits que l'inaction de leur débiteur mettrait en péril. Il les autorise, dans ce double objet, à se subroger à tous ses droits et actions. Ils peuvent même, aux termes de l'article 778 du Code de procédure civile, requérir l'inscription pour la conservation de l'hypothèque appartenant à leur débiteur.

Si leur vigilance a été trompée, si la fraude à leur préjudice a été consommée, l'article 1167 leur permet de poursuivre la réparation du préjudice qu'ils sont dans le cas d'en souffrir. Il importe peu qu'il s'agisse de l'aliénation de l'actif actuel ou du refus de l'augmenter en s'abstenant d'acquérir, l'action des créanciers est ouverte dans l'un et l'autre cas [6].

SECTION II.

CONDITION DE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1416. — L'exercice de la faculté donnée par l'article 1166 n'exige que la qualité de créancier. — Étendue de cette faculté.
1417. — La première condition pour l'exercice de l'action paulienne est également la qualité de créancier.
1418. — Droit du tiers attaqué de la discuter.
1419. — Cette qualité doit-elle avoir été acquise avant l'acte querellé de fraude?
1420. — *Quid* si cet acte est une obligation frauduleusement contractée?
1421. — Arrêt de la cour de cassation et remarquable rapport de M. le conseiller Tripier.
1422. — Conséquences quant au mode de constatation de la créance.

[1] *De Act.*, § 6.
[2] *In Codice*, liv. VII, tit. LXXV, n° 2.
[3] *Lois civ.*, liv. II, tit. X.
[4] L. 4, Dig., *de pign.*
[5] Pothier, *Succ.*, chap. III, sect. III, § 2, et *Comm.*, § 533; Ord. de 1747, art. 38 et 42; Boutaric, liv. IV, tit. VI, § 6, et liv. II, tit. IX; Dunod, part. prem., chap. XIV, p. 116.
[6] Voy. art. 271, 622, 788, 882, 1053, 1447, 1464 et 2225 du Cod. civ.; 474 et 873 du Code de proc. civ.; 447 et 449 du Code de commerce.

1423. — L'acte sous seing privé d'une date antérieure serait-il opposable au donataire ou à l'héritier?
1424. — Droit de l'un ou de l'autre d'en établir la simulation.
1425. — La seconde condition pour l'exercice de l'action est la preuve de l'insolvabilité du débiteur.
1426. — La demande serait donc repoussée soit par la justification de la solvabilité, soit par l'offre de désintéresser le poursuivant.
1427. — Exception que cette condition comporte en faveur de la femme séparée agissant dans l'hypothèse de l'article 271.
1428. — Troisième condition. — Preuve de la fraude de la part du débiteur.
1429. — Serait facilement présumée pour tous les actes passés en état d'insolvabilité complète.
1430. — Distinction nécessaire entre les aliénations à titre onéreux et celles à titre gratuit.
1431. — La donation directe ou indirecte ferait présumer la fraude, non-seulement contre le donateur, mais encore contre le donataire.
1432. — Quatrième condition. — Preuve de la fraude de celui qui a traité avec le débiteur.
1433. — Fondement juridique du principe consacré par l'article 1167.
1434. — Objet et nature de l'action qu'il autorise.
1435. — L'action appartient à tous les créanciers sans distinction entre les hypothécaires et les chirographaires.
1436. — Contre qui doit-elle être intentée?

1416. — Sous l'empire du Code, nous venons de le dire, les créanciers ont le droit de prévenir la fraude de leur débiteur ou d'en poursuivre la répression. L'exercice de ce droit entraîne donc, dans chacune de ces hypothèses, l'existence d'une action.

Dans la première, la seule condition exigée est la qualité de créancier. Cette qualité non contestée ou reconnue après contestation, le droit de celui qui se présente pour exercer les droits et actions de son débiteur, ne saurait être l'objet d'un doute.

L'unique exception que ce principe comporte, concerne les droits exclusivement attachés à la personne et que nul autre qu'elle ne saurait exercer. On reconnaît comme tels ceux qui ne passent point aux héritiers ou qui, étant de nature à s'éteindre avec la personne, ne peuvent être par elle cédés de son vivant [1].

1417. — La condition nécessaire pour pouvoir intenter l'action de l'article 1166 est également indispensable pour celle prévue et autorisée par l'article 1167. Il faut donc, pour être recevable à l'intenter, que celui qui prétend l'exercer prouve d'abord qu'il est réellement et sérieusement créancier. Cette condition est d'autant plus rigoureuse dans cette circonstance, que la révocation à laquelle cette action aboutit pourrait n'être poursuivie que par l'effet d'une collusion entre le prétendu créancier et son débiteur. Celui-ci, éprouvant des regrets d'avoir consenti l'acte auquel il a figuré comme partie, et ne pouvant, en cette qualité, en demander la rescision, pourrait fort bien tenter d'arriver au but de ses désirs en simulant l'existence d'un créancier qui poursuivrait cette résiliation, sous prétexte que l'acte n'a été fait qu'en fraude de ses droits.

1418. — Incontestablement, le tiers attaqué, soupçonnant cette collusion, serait recevable à en exciper et à la prouver. Ce n'est qu'après règlement préalable de ce litige, que le fond pourrait être examiné. Il est plus qu'évident que, pour qu'un contrat ait été fait en fraude d'un droit quelconque, il faut que ce droit existe. Dans notre hypothèse, l'examen de l'action révocatoire serait donc subordonné à la preuve que celui qui prétend l'exercer est un créancier sérieux et légitime.

1419. — Toute difficulté de ce genre serait impossible si la créance était authentique ou si, résultant d'un titre sous seing privé, elle avait acquis date certaine avant l'acte dont la révocation est poursuivie. C'est aussi pourquoi on a soutenu que, pour que l'action fût recevable, il fallait que la qualité de créancier eût nécessairement préexisté à l'acte qui la motive. C'est ce qu'enseigne notamment Toullier [2].

Cette opinion se fonde sur les prescriptions de la loi 10, paragraphe 1, Digeste, *quæ in fraudem creditorum*, dans laquelle Ulpien enseigne que les créanciers postérieurs à l'acte ne sont admis à l'attaquer que si les deniers par eux prêtés ont servi à désintéresser les créanciers antérieurs, auxquels ils se trouvent ainsi subrogés.

Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que cette loi ne parle que d'une aliénation qui a été faite en fraude des créanciers du débiteur; si ce dernier les désintéresse et contracte des dettes nouvelles, ces nouveaux créanciers ne pourront intenter l'action révocatoire, à moins qu'ils ne soient subrogés aux anciens. Par rapport à eux, la fraude, qui revêt dans ce cas le caractère du dol, n'offrirait pas ses deux caractères essentiels, à savoir : *Consilium et eventus.*

C'est dans ce sens que Domat interprète la loi lorsqu'il dit : « Si le dessein de frauder n'est pas suivi de l'événement et de la perte effective des créanciers, et que, par exemple, pendant qu'ils exercent leur action ou qu'ils veulent l'exercer, le débiteur les satisfasse par la vente de ses biens ou autrement, l'aliénation qui avait été faite à

[1] Favard, v° *Nullité*, § 3, n° 3.

[2] T. VI, p. 351.

leur préjudice aura son effet; et si, dans la suite, il vient à emprunter, les nouveaux créanciers ne pourront faire révoquer cette première aliénation, qui n'avait pas été faite à leur préjudice. Mais s'ils avaient prêté pour payer les premiers, et que les deniers eussent été employés à ce payement, ils pourraient révoquer l'aliénation faite avant leur créance [1].

Ainsi interprétée, la loi n'a rien que de très-sage et de très-raisonnable. Comment, en effet, admettre un créancier à signaler, comme faite en fraude de ses droits, une vente réalisée bien avant que ces droits fussent nés; avant même qu'on pût en prévoir l'existence?

Ce que nous disons de la vente, nous l'admettrions, sans hésiter, pour la donation, pour la renonciation à une succession, à un legs, etc... Ce qui, dans ces diverses hypothèses, nous paraît déterminant, c'est que, l'aliénation étant accomplie au moment du nouvel emprunt, les biens qui en font l'objet n'étaient plus en la possession de l'emprunteur. La confiance du prêteur a été exclusivement faite aux seuls biens qu'il possédait encore.

Vainement le prêteur prétendrait-il avoir ignoré les aliénations qu'il attaque; chacun doit connaître la position de celui avec qui il traite, et surtout sa solvabilité. Avant de prêter, on s'assure de celle-ci, et, dans notre hypothèse, les biens aliénés n'ont pas dû figurer sur l'état de fortune communiqué par le débiteur. Dans tous les cas, la transcription de la vente ou de la donation, la publicité de la répudiation ont mis le prêteur légalement à même de les connaître. On ne lui cause donc aucun tort en le laissant en présence des seuls biens auxquels il a pu faire foi.

1420. — Peut-on en dire autant des obligations qu'un débiteur crée frauduleusement et sans en recevoir la valeur? Non, évidemment, car on s'exposerait précisément à tomber dans l'inconvénient qu'on a voulu éviter. Quel peut être le but de la création de ces obligations simulées, si ce n'est de préparer et de consommer la fraude contre les prêteurs, auxquels on aura recours plus tard? Cela ne résulte-t-il pas de l'absence de tout motif de recourir à la simulation au moment où elle se réalise?

Donc, appliquer aux obligations la règle qu'on applique aux aliénations, c'est vouloir donner au mensonge la force de la vérité, créer une créance sans cause et sans valeur fournie; arriver, en un mot, à ce singulier résultat de reconnaître l'existence d'une action, mais d'en refuser l'exercice au moment même où les créanciers ont le plus grand intérêt à en exciper.

En effet, le besoin pour les créanciers de faire prononcer la nullité d'une obligation comme souscrite en fraude de leurs droits, naît précisément lorsque le porteur de cette obligation vient réclamer sur eux le droit de priorité et de préférence. De quoi auraient-ils à se préoccuper, et quel préjudice auraient-ils à souffrir d'une créance qui ne pourrait jamais être payée qu'en tant et qu'après qu'ils l'auraient été eux-mêmes? Conséquemment, exiger que leur titre soit antérieur à la créance qu'ils contestent, pour leur permettre d'agir en vertu de l'article 1167, c'est leur donner une action qu'ils seront non recevables à exercer pour défaut d'intérêt.

D'autre part, le préjudice dont peuvent se plaindre les créanciers ne résulte pas de la création d'une obligation; qu'importe, en effet, cette circonstance, si le porteur, se rendant lui-même justice, refuse d'en poursuivre le payement? C'est donc au moment de la liquidation et lorsque ce payement est réclamé que le préjudice se manifeste, que la fraude se consomme, et comment, en cet état, imposer aux créanciers d'assister, impassibles, à cette consommation, et leur prohiber de se défendre du péril qui les menace?

Une pareille doctrine serait par trop irrationnelle et on ne saurait la consacrer sans méconnaître l'esprit de la loi et les notions de la plus saine équité. Il faut donc, de toute nécessité, distinguer la nature de l'acte dont l'annulation est poursuivie par les créanciers.

S'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux ou gratuit, ceux dont le titre sera postérieur ne pourront l'attaquer. Il n'est pas possible de supposer une fraude contre des droits qui n'existaient pas au moment où la prétendue fraude se consommait.

Cette règle reçoit néanmoins deux exceptions. La première nous est indiquée par le Digeste, à savoir : Si les deniers, nouvellement empruntés, ont servi à éteindre des créances antérieures auxquelles les prêteurs ont été subrogés; la seconde, si l'aliénation n'est elle-même qu'une précaution frauduleusement ménagée contre les créanciers futurs : *Si alienationi subsit fraus futuris creditoris* [2]. On le présumerait ainsi si le débiteur, resté ostensiblement en possession et jouissance des objets prétendus aliénés, avait pu ainsi tromper les prêteurs; ou si, loin de les instruire, il avait présenté ces objets comme composant réel-

[1] *Lois civiles*, liv. II, tit. X, sect. 1re, n° 6.

[2] Perezius, *in Cod.*, liv. VII, tit. LXXV, n° 7.

lement son actif et garantissant l'exécution de ses engagements.

S'il s'agit, au contraire, d'une obligation simulée, comme cette simulation ne produira son effet que lors de la liquidation et du payement, nous reconnaîtrons à tous les créanciers antérieurs ou postérieurs en date, sans distinction entre les hypothécaires et les chirographaires, le droit d'en poursuivre la nullité comme faite en fraude de leurs droits.

1421. — C'est, au reste, ce que la cour de Bourges avait formellement décidé. Le pourvoi dirigé contre son arrêt a été rejeté par la cour de cassation, par arrêt du 20 mars 1832, rendu sur le rapport de M. le conseiller Tripier [1].

Dans son remarquable rapport, ce savant magistrat se demande si l'article 1167 doit être limité aux actes postérieurs aux titres des créanciers qui se plaignent de la fraude? Si ce n'est pas au contraire parce que ces actes priment les titres des légitimes créanciers, que ces derniers ont qualité et intérêt pour contester soit l'hypothèque, soit la sincérité de ces créances apparentes?

Après avoir discuté l'opinion de Toullier, que les demandeurs en cassation invoquaient, Tripier conclut en ces termes : On peut bien admettre qu'une aliénation consommée, même à vil prix, ne sera pas considérée comme faite en fraude des créanciers qui n'existaient pas à l'époque de la vente. Elle ne réunira pas *consilium et eventus;* mais une obligation souscrite sans valeur fournie, qui est jugée le fruit du dol et de la simulation, ne peut-elle pas préparer et consommer la fraude, même au préjudice des créanciers qui ont accepté des titres postérieurs à cette obligation simulée?

Saisie à son tour de la question, la cour de Bordeaux l'a énergiquement décidée dans le même sens. Nous croyons utile de transcrire quelques-uns des motifs qui fondent cette décision :

« Attendu, sur la fin de non-recevoir, que l'exception manque de solidité et doit être rejetée; qu'en effet, quoique la sentence arbitrale, qui déclare Lasserve créancier de Boucherie, soit du 18 août 1845, et par conséquent postérieure au contrat par lequel Boucherie a reconnu devoir à Clarac une somme de 3,000 francs, cette circonstance ne s'oppose pas à l'application de l'article 1167, article destiné à protéger tous les droits dont le dol et la fraude chercheraient à priver des créanciers légitimes;

« Attendu d'abord que l'antériorité d'un acte simulé et frauduleux ne saurait arrêter l'action des créanciers sérieux et réels, parce que des contrats simulés ne sont pas proprement des contrats; ils n'en ont que l'apparence : *colorem habent, nullam vero substantiam;* parce que la doctrine qu'on a plaidée, tendant à donner au mensonge la force de la vérité, blesse beaucoup trop toutes les idées de justice pour pouvoir être admise [2].

1422. — Il suit de ce qui précède qu'en matière de vente, l'antériorité du titre de créance étant indispensable, il ne suffirait pas que le titre, s'il est sous seing privé, portât une date en apparence antérieure. Il devrait avoir acquis une date certaine avant la vente. En effet, si le titre sous seing privé fait foi, ce n'est qu'entre parties, on sait à quelles conditions l'article 1328 permet de l'opposer aux tiers. Ces conditions sont justes et peuvent seules prévenir l'abus si facile de l'antidate. En conséquence, leur absence laisserait les créanciers sans action contre l'acquéreur, en enlevant à leur titre toute son autorité.

Mais la date apposée au sous seing privé servirait au besoin de commencement de preuve autorisant la recevabilité de la preuve orale, si cette recevabilité n'était pas, d'ailleurs, de droit commun dans la matière qui nous occupe. Le porteur de ce titre pourrait donc établir par témoins et par présomptions la sincérité de la date, prouver que l'acquéreur en avait connaissance avant de traiter avec le débiteur. L'une ou l'autre de ces circonstances étant acquise, l'action paulienne deviendrait admissible à l'égard de toutes les parties.

1423. — L'acte sous seing privé se suffirait à lui-même, si l'action avait pour objet la révocation d'une libéralité. Le donataire, en effet, n'est que l'ayant cause du donateur, et l'acte faisant foi contre celui-ci produirait le même effet à son égard [3].

Il en serait de même contre celui qui serait appelé à recueillir la succession ou le legs répudié par le débiteur en fraude de ses créanciers; nous avons déjà dit que le tiers, non complice de la fraude dont il profite, ne saurait en retenir le bénéfice que s'il l'a acquis par un contrat; qu'il doit le restituer s'il ne le possède qu'en vertu de sa qualité ou d'une disposition formelle de la loi [4]. Ce serait là, d'ailleurs, une donation déguisée qu'il serait injuste de main-

[1] D. P., 32, 1, 135.
[2] 20 juillet 1848; D. P., 49, 2, 148; voy. *infrà*, no 174.
[3] Cass., 30 janv. 1828; D. P., 28, 1, 114.
[4] Voy. *suprà*, no 35.

tenir, car la position des créanciers est bien plus intéressante que celle d'un donataire direct ou indirect : *Et licet fraudis ignarus fuerit, tamen creditorum causa favorabilior est, qui de damno disceptant* [1].

1424. — Mais l'appelé à profiter de la succession ou du legs, comme le donataire lui-même, peut soutenir que la créance prétendue est antidatée, et que l'objet de cette simulation est de révoquer, d'une manière indirecte, ce que le renonçant ou le donateur ne pourrait directement révoquer. Tout ce qui résulte de leur qualité d'ayant cause, c'est que l'acte sous seing privé fait contre eux la même foi que contre leur auteur. Mais cette présomption admet la preuve contraire, et, comme le fait allégué constituerait une fraude contre les droits légalement conférés par la répudiation ou par la libéralité, cette preuve contraire serait incontestablement recevable.

1425. — La seconde condition imposée au créancier exerçant l'action révocatoire est de prouver l'insolvabilité du débiteur. Cette action est essentiellement subsidiaire. Elle ne peut être exercée que pour amener le payement que les biens restants sont, par leur insuffisance, dans l'impossibilité d'effectuer. Il faut donc préalablement établir cette insuffisance.

Cette condition se justifie avec autorité par cet autre principe que, pour intenter une action, il ne suffit pas d'avoir qualité, qu'il faut surtout y avoir intérêt. Or, dans celle autorisée par l'article 1167, l'intérêt des créanciers n'existe que si le payement qui leur est dû ne peut se réaliser que par la révocation poursuivie. Si ce payement peut être fait au moyen des ressources dont le débiteur dispose encore, ils n'ont pas à s'immiscer dans ce qu'il a plu à ce débiteur de faire avec des tiers.

1426. — Conséquemment, le débiteur pourra faire repousser l'action en justifiant qu'il est en position de rembourser le créancier qui l'exerce. De son côté, le tiers également attaqué opposera avec succès la solvabilité du premier, dont il pourra exiger la discussion préalable, sans être tenu de pourvoir aux frais ni d'indiquer la nature et la situation des biens sur lesquels cette discussion doit porter. L'unique exception que cette règle reçoive naît de l'état de faillite du débiteur commerçant, le jugement déclaratif faisant par lui-même la preuve la plus significative de l'insolvabilité.

Une offre plus péremptoire encore serait celle de désintéresser le créancier poursuivant. Réalisée qu'elle fût, cette offre le laisserait sans intérêt aucun à poursuivre désormais un litige complétement sans objet.

1427. — La condition de prouver l'insolvabilité n'est pas nécessaire lorsque la femme, qui a obtenu la séparation de corps, demande, par application de l'article 271 du Code civil, la nullité des obligations à la charge de la communauté, ou des aliénations des objets qui en dépendent, contractées par le mari postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238. Dans ce cas, les obligations et aliénations sont suspectes de fraude, et la femme n'a à prouver qu'une seule chose, à savoir : le préjudice qui résulterait pour elle des unes ou des autres.

Dans tous les autres cas, et lorsqu'il s'agit d'un acte querellé de fraude contre les droits des créanciers, l'action n'est recevable qu'aux deux conditions que nous venons d'indiquer : 1° la preuve de la qualité de créancier ; 2° celle de l'insolvabilité du débiteur.

1428. — Deux autres conditions sont exigées pour que la demande puisse être accueillie. La première est la preuve de la fraude du débiteur. En effet, tant qu'une expropriation n'est pas venue lui enlever ses biens, le débiteur, quelle que soit d'ailleurs son insolvabilité réelle, en conserve l'administration et même la disposition. Une vente, par lui consentie en cet état, pourrait n'être que l'exercice légitime de ce droit, sans qu'il s'y mêlât aucune pensée de fraude.

1429. — Cependant tout ce que le débiteur ferait en état d'insolvabilité réelle, quoique non encore notoire, serait facilement présumé frauduleux, surtout si l'actif, dont il aurait disposé, était en tout ou en partie soustrait à ses créanciers, soit qu'une portion du prix eût été dissimulée, soit que ce prix ne fût pas dans des proportions justes avec la valeur de l'objet aliéné. Dans l'un ou l'autre cas, le préjudice occasionné aux créanciers serait incontestable. Le dessein de nuire naîtrait de la position du débiteur, l'obligeant à dissimuler pour s'efforcer de sauver, à son profit, quelques débris du naufrage. La seule existence de cette cause de simulation, en rendant la fraude probable, en déterminerait facilement l'admission : *Ubi accedit causa simulandi, receptum est ut adminiculative imperfecta probatio sufficiat* [2].

Le même auteur ajoute : *cessante causa si-*

[1] Perezius, *loco cit.*, n° 6.

[2] Deluca, *De cred.*, discours 77, n° 6.

mulandi ad illam probandam requiruntur probationes certæ et expressæ. Or, cette cause disparaîtrait évidemment si, l'aliénation faite, le débiteur possédait encore un actif suffisant pour subvenir au payement de toutes ses dettes. Quel serait donc le sort d'une aliénation consentie dans de pareilles circonstances? Faudra-t-il la maintenir et la considérer comme à l'abri de toute attaque de la part des créanciers?

1430. — La solution nous paraît devoir être différente, suivant que l'aliénation aura été faite à titre onéreux ou seulement à titre gratuit.

Vendre, échanger une partie de ce qu'on possède, lorsqu'on est à la tête d'un avoir supérieur à ce qu'on doit, n'est pas un acte assez extraordinaire pour qu'il faille en suspecter la sincérité, alors même que le produit n'en a pas servi à éteindre les dettes. Sans doute, il eût été plus prudent et plus sage de le faire, mais des besoins légitimes, des projets, depuis exécutés, peuvent excuser la destination que le produit de l'aliénation a reçue. En général, donc, on ne verra dans la conduite du débiteur qu'un de ces actes usuels de la vie, qu'aucun soupçon de fraude ne peut raisonnablement entacher.

Il faudrait, pour décider le contraire, ces preuves certaines et expresses dont parle le cardinal Deluca, et ce serait aux créanciers, demandant la révocation, à les établir. Toutefois, cette règle est de nature à recevoir une profonde modification de la conduite du débiteur, et la fraude serait facilement présumable si des actes successifs et répétés étaient venus anéantir complétement le gage des créanciers. On verrait dans cet ensemble un calcul à l'effet de se rendre insolvable, et, remontant au premier anneau de cette chaîne, on n'hésiterait pas à le briser, si l'intérêt des créanciers l'exigeait.

Mais si l'aliénation a été faite à titre gratuit, il importerait peu que les ressources restant encore à l'auteur de la libéralité fussent ou non suffisantes pour l'extinction de ses dettes. Personne ne peut et ne doit donner son bien avant de s'être libéré de ce qu'il doit. Ce n'est pas tout, en effet, d'avoir de quoi payer, il faut payer réellement, et, à défaut de ce payement, se bien garder de s'exposer à ne plus pouvoir le faire, en donnant à autrui ce qui appartient avant tout aux créanciers. Celui qui agit autrement commet une faute tellement lourde, que, pour les créanciers, elle équivaut au dol. Aussi, ne se demande-t-on plus s'il y a eu ou non résolution de les tromper, mais s'ils éprouvent oui ou non un préjudice. La certitude de celui-ci amène et motive la révocation de la libéralité.

1431. — La donation directe ou indirecte fait donc présumer la fraude non-seulement contre le donateur, mais encore contre le donataire. Celui-ci n'a d'ailleurs, et dans aucun cas, aucuns droits légitimes sur les biens qu'il a gratuitement reçus et qu'il ne pourrait garder sans occasionner un préjudice grave aux créanciers de celui dont il les tient. Son insistance à les retenir le rendrait, en quelque sorte, le complice de la fraude. On pourrait justement dire de lui ce qu'Ulpien dit de celui qui excipe d'un acte qu'il sait être sans valeur: *Nam quis petit ex ea stipulatione, ipse dolum facit quod petit.*

Il n'y a donc pas à hésiter entre lui et les créanciers du donateur, alors même que sa bonne foi aurait été entière. Aux yeux de la loi, de la raison et de la justice, les droits de celui qui veut se soustraire à une perte sont plus précieux que les droits de celui qui cherche à retenir un gain illégitime. Or, telle est la position respective des créanciers et du donataire. *At ubi,* dit Voet, *alter de damno vitando agit, alter vero de lucro captando, quod est in eo qui ex causa lucrativa, utcumque bona fide, rem nactus est a debitore fraudulenter alienante, rectius visum fuit lucrum extorqueri cum aliena factura lucrum captandi, quam in damno relinqui eum qui fraudulosa debitoris alienatione injuriam passus est* [1].

1432. — La seconde condition, pour le bien fondé de l'action révocatoire, est la preuve de la fraude de celui qui a traité avec le débiteur. Mais cette condition n'est exigée que lorsque le tiers a traité à titre onéreux, car, nous venons de le voir, le donataire est tenu de restituer, quelle qu'ait été d'ailleurs son ignorance ou sa bonne foi.

L'acquéreur à titre onéreux mérite les mêmes égards que les créanciers eux-mêmes; comme eux, en effet, il a un intérêt sérieux à la contestation, et s'il la soutient, c'est qu'il cherche à se garantir d'une perte *de damno vitando.* La position étant égale, on devait en revenir au droit commun, suivant lequel nul ne peut répondre que de son propre fait, suivant lequel encore la fraude ne se présume pas, et c'est à celui qui l'allègue à la prouver.

Vainement donc, la fraude du débiteur serait-elle prouvée et acquise, l'acte à titre onéreux n'en serait pas moins maintenu si l'autre partie a été de bonne foi. Celle-ci est présumée jusqu'à preuve contraire, mais cette preuve peut être faite par témoins et par présomptions. Elle résulterait suffisamment de tout ce qui tendrait à établir que le tiers a connu la fraude de celui

[1] *Ad Pandectas,* lib. XLII, tit. VIII, n° 5.

avec qui il a traité. Connaître une fraude et accepter une participation dans l'acte destiné à la consommer, c'est en accepter la complicité.

Ainsi, l'action révocatoire n'est recevable que par la double preuve de la qualité de créancier et de l'insolvabilité du débiteur. Elle n'est fondée que par celle de la fraude de celui-ci et des tiers qui ont traité avec lui. Cette dernière preuve n'est exigée que dans le cas d'un traité à titre onéreux. La libéralité cède à la seule mauvaise foi de son auteur.

1433. — Le principe de l'action autorisée par l'article 1167 ne réside ni dans un droit réel accordé aux créanciers, ni dans l'incapacité du débiteur, ni dans un vice quelconque de l'acte attaqué. Il existe dans un engagement formé sans conventions, par lequel les tiers, qui ont contracté avec le débiteur, sont liés envers les créanciers de celui-ci. Les tiers, qui se sont rendus les complices de la fraude, ont, par cela même, concouru à la consommation du préjudice en résultant, et doivent, dès lors, le réparer. L'annulation de l'acte, à leurs risques, périls et fortune, était la réparation la plus naturelle. Quant aux donataires, nous avons déjà dit que leur persistance à retenir ce qui leur a été remis au mépris de l'équité et de la justice constituerait de leur part un véritable dol.

1434. — L'action révocatoire est purement personnelle et dérive d'un quasi-délit; son but est la réparation d'un préjudice volontairement et sciemment occasionné. Ce caractère est important à retenir pour la solution de la question que nous aurons à examiner, à savoir : si le tiers qui a acheté ou traité avec celui qui tenait la chose du débiteur peut être, comme celui-ci, poursuivi par l'action Paulienne [1].

1435. — Cette action appartient à tous les créanciers sans distinction des hypothécaires et des simples chirographaires. Elle est même beaucoup plus utile à ces derniers, car il résulte des conditions que nous venons d'énumérer, que les créanciers hypothécaires pourront souvent être sans intérêt et sans droit à l'exercer. C'est ce qui se réaliserait notamment si, par le rang de leur inscription, ils doivent être payés sur les biens non aliénés; ou si ceux qui l'ont été se trouvent spécialement affectés à leur hypothèque. Dans ce dernier cas, l'action hypothécaire suffisant à toutes les exigences, ils seraient sans intérêt et conséquemment sans droit pour se pourvoir par l'action révocatoire.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut de toute nécessité que l'action hypothécaire puisse être utilement exercée. Si son résultat devait être négatif, le créancier qui s'y serait d'abord livré dans l'espérance du contraire pourrait revenir sur ses pas et demander la révocation de la vente, qu'il prouverait avoir été le résultat de la collusion et de la fraude.

Il importerait peu qu'il n'eût pas surenchéri en temps utile. Un créancier peut ne pas trouver dans sa position financière le moyen de réaliser une surenchère exigeant une somme parfois très-considérable. Serait-il juste de le punir de cette impossibilité par la perte de sa créance, et faudrait-il que pour la conserver il se plaçât sous le coup d'obligations devant entraîner sa ruine complète?

C'est ce qu'on n'a pas cru devoir exiger, et cette doctrine, déjà consacrée par de nombreux arrêts, vient de l'être de nouveau par la cour de cassation. Son arrêt du 17 août 1848 décide que le créancier inscrit, qui fait saisie-arrêt ou requiert collocation sur le prix de l'immeuble hypothéqué, n'est pas censé reconnaître la sincérité de la vente, et ne se rend pas non recevable à l'attaquer pour cause de dol et de fraude, et que ce défaut de surenchère ne le rend pas non plus non recevable à attaquer pour les mêmes causes la vente consentie à vil prix par le débiteur [2].

1436. — L'action révocatoire doit être intentée contre le débiteur et contre celui ou ceux qui ont traité avec lui. L'intérêt de ceux-ci, ne fussent-ils que des donataires purs et simples, à assister à l'instance, est aussi évident qu'incontestable. La demande de révocation dont ils doivent subir les conséquences, pouvant n'être que le résultat d'une collusion entre celui qui l'intente et le défendeur principal, ils doivent être mis en mesure d'empêcher cette fraude et de veiller utilement au maintien de leurs droits. Comment, d'ailleurs, prouver que l'acquéreur à titre onéreux s'est rendu complice de la fraude, si on ne commençait pas par le mettre en cause?

SECTION III.

DE LA PREUVE.

SOMMAIRE.

1437. — L'admission de la preuve testimoniale était la conséquence forcée du principe admis par l'article 1167.

1438. — La fraude contre les tiers est même présumée contre le débiteur, lorsqu'il dispose de ses biens au détriment de ses créanciers, alors qu'il est en pleine déconfiture.

[1] Voy. *infrà*, n° 1764.

[2] D. P., 49, 1, 61.

1439. — La notoriété incontestable de la déconfiture ferait facilement présumer la fraude contre celui qui a traité avec le débiteur.
1440. — La fraude est également présumée contre le débiteur aliénant à titre gratuit, ou refusant les ressources qu'il est appelé à recueillir.
1441. — *Quid* des payements faits par l'insolvable?
1442. — Actes présumés frauduleux chez le commerçant en état de déconfiture.
1443. — Effets de cette présomption.
1444. — Dans tous les cas de fraude présumée, il suffit de prouver le fait auquel s'attache la présomption.
1445. — Hors ces cas, les parties rentrent dans le droit commun et doivent prouver la fraude, soit par témoins, soit par présomptions.
1446. — Présomptions qui doivent exercer une puissante influence sur le litige.
1447. — 1° Aliénations de tous les biens. — Son caractère en droit romain.
1448. — Cette présomption acquerrait une bien plus grande gravité si le débiteur ne justifiait pas de l'emploi du prix.
1449. — Il importe peu que l'aliénation générale se soit réalisée par un seul acte ou par des actes successifs et répétés.
1450. — 2° Qualité des parties fait facilement présumer la fraude.
1451. — 3° Rétention de la possession.
1452. — Comment elle se réalisera le plus souvent.
1453. — Dans quels cas devra-t-on l'admettre?
1454. — 4° Exécution occulte et clandestine.
1455. — Suffirait-il d'une seule de ces présomptions pour faire admettre la fraude?
1456. — Autres présomptions dont l'existence peut servir à reconnaître la fraude?
1457. — Effet de la vileté du prix.
1458. — La pertinence des présomptions est laissée à la prudence du juge.

1437. — La conséquence forcée du principe consacré par l'article 1167 était l'admission de la preuve testimoniale en faveur des tiers qui l'invoquent, et qui sont forcés d'en poursuivre l'exécution. L'existence d'un acte même authentique est bien opposable à tous, mais il ne prouve qu'une seule chose contre ceux qui n'y ont pas été parties, à savoir : qu'il a été passé. Il ne peut suffire pour établir sa sincérité.

Ainsi, dénué de toute autorité, le titre ne rentre plus dans la catégorie de ceux contre lesquels la preuve testimoniale n'est pas admissible. D'Argentré qualifiait même d'insensée l'opinion de ceux qui, se fondant sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, en soutenaient l'application à l'action des tiers.

Sous l'empire du Code civil, la recevabilité de la preuve testimoniale n'a jamais été contestée aux tiers poursuivant la révocation d'un contrat qu'ils soutiennent avoir été fait en fraude de leurs droits. Nous n'avons donc pas besoin d'insister sur un principe universellement admis et si conforme, d'ailleurs, aux véritables notions d'une exacte justice.

1438. — La preuve n'est même pas toujours nécessaire, car, fidèle au système de se montrer d'autant plus sévère que la fraude est plus facile et plus probable, la loi en a présumé l'existence dans divers cas.

Ainsi, la fraude est légalement présumée contre le débiteur lorsqu'il dispose de ses biens au détriment de ses créanciers, dans un moment où il a lui-même la conviction de son insolvabilité.

Il est certain que celui qui, se sachant obéré, se hâte de faire disparaître son actif, soit par des donations, soit par des aliénations à titre onéreux, ne peut avoir qu'un seul but, celui de nuire à ses créanciers. Il ne saurait donc se targuer de sa prétendue bonne foi, car la bonne foi pour l'homme insolvable est d'abandonner la disposition ultérieure de ses biens aux seuls intéressés, c'est-à-dire à ses créanciers; de ne rien faire sans avoir appelé leur concours et leur contrôle. Celui qui n'invoque ni l'un ni l'autre a intérêt à les écarter, et c'est avec juste raison que la loi présume que cet intérêt est celui de la fraude.

Toutefois cette présomption ne concerne que le débiteur. Celui qui a traité avec lui peut avoir ignoré l'état réel de ses affaires. N'ayant, d'ailleurs, aucun devoir à remplir envers les créanciers, la connaissance qu'il aurait eue qu'il en existait un ou plusieurs, ne ferait pas admettre sa complicité dans la fraude de celui avec qui il a traité [1].

1439. — Mais, si l'insolvabilité était notoire, si des actes significatifs, si des poursuites judiciaires l'avaient signalée, la fraude du tiers, quoique non présumée de droit, serait facilement admissible. Pour peu que cet indice fût accompagné d'autres circonstances suspectes, on ne devrait pas hésiter à la consacrer. C'est ce que la cour de cassation a décidé en jugeant, le 12 janvier 1849, que l'acte par lequel un débiteur en état d'insolvabilité vend ou hypothèque ses immeubles à l'un de ses créanciers qui connaissait cette insolvabilité, a pu être annulé comme fait en fraude des autres créanciers, s'il a été consenti durant les poursuites exercées par ces derniers, et, par exemple, dans l'intervalle d'une remise de cause [2].

L'arrêt contre lequel le pourvoi était rejeté n'avait pas fondé la nullité de l'acte uniquement sur l'état réel et connu du débiteur, c'eût été appliquer à la déconfiture civile des règles spécialement réservées pour les faillites. Mais, admet-

[1] L. 10, Dig., § 4, *quæ in fraud. credit.*

[2] D. P., 49, 1, 127.

tant que cette circonstance rendait suspecte la bonne foi du tiers, il s'appuie sur elle et sur quelques autres faits corroborant cette suspicion, il admet la complicité de la fraude.

Ces autres faits étaient, dans l'espèce, la qualité du créancier, et la nature de la créance. C'était le propre fils du débiteur qui obtenait une hypothèque, la créance qu'on voulait garantir était une donation contractuelle faite dans le contrat de mariage de ce fils ; et l'on comprend que tout cela se réalisant lorsque le père, étant activement poursuivi par ses créanciers, était à la veille de se voir exproprié de ses biens, il y avait certes, dans un pareil ensemble, une preuve plus que suffisante de l'intention frauduleuse de toutes les parties.

Ce qui se rencontrait là pourrait s'offrir ailleurs et résulter des faits sinon identiques, peut-être aussi significatifs. Dans tous les cas, l'insolvabilité du débiteur reste la *causa simulandi*, dont les effets nous étaient tout à l'heure enseignés par le judicieux Deluca.

Ainsi le prêt prétendu fait à un homme notoirement insolvable paraîtrait justement suspect. Ce premier doute acquerrait une plus forte gravité si l'acte constatant le prêt ne constatait pas la réelle et actuelle numération des espèces, sans qu'on indiquât aucune trace plausible de versements ni de créances antérieurs. Enfin, la position du prétendu créancier pourrait, à son tour, militer contre la sincérité de la créance pouvant et devant dès lors être considérée comme une fraude contre les créanciers légitimes.

Il en serait de même pour la vente faite par l'insolvable. L'acquéreur, connaissant cette insolvabilité, pourrait être soupçonné avoir spéculé sur cet état et s'être dès lors prêté à une fraude dont il recueillait ainsi un bénéfice. Ce soupçon pourrait devenir une certitude si l'acte renfermait des clauses extraordinaires et insolites, surtout si les objets, faisant la matière de la vente, lui avaient été cédés à vil prix.

Ainsi, l'insolvabilité fait légalement présumer la fraude contre le débiteur. Quant aux tiers qui ont traité avec lui, la connaissance de cette insolvabilité ne suffit pas pour les constituer en mauvaise foi. Mais elle crée une telle prévention que l'admission de cette mauvaise foi serait la conséquence de quelques autres circonstances suspectes venant l'étayer et l'aggraver.

1440. — La fraude est encore légalement présumée contre le débiteur aliénant à titre gratuit ou refusant de réunir à son actif les ressources qu'il serait appelé à recueillir.

Nous l'avons déjà dit, donner ses biens sans avoir au préalable payé ses créanciers, est un acte trop anormal pour ne pas lui supposer une arrière-pensée. Cette arrière-pensée ne peut être que celle de nuire à ses créanciers, si, par le fait, l'aliénation est dans le cas de leur causer un préjudice.

Cela est plus évident encore lorsque l'aliénation résulte d'une répudiation, surtout lorsque l'objet répudié n'offrait que des avantages sans inconvénients. Refuser d'accepter ce que tant d'autres recherchent avec la plus vive ardeur, ne peut être interprété dans un autre sens que celui de la fraude. C'est qu'on se sera entendu avec celui qu'on se substitue, et qu'au moyen d'une collusion facile on recueillera le bénéfice sans risquer de le communiquer à ses créanciers.

Au reste, le refus d'accepter, fût-il pur de tout calcul de ce genre, ne se serait-il réalisé qu'en haine des créanciers et pour ne pas accroître leur gage, que ce dessein, suivi d'exécution, n'en constituerait pas moins la fraude. Or, comme la répudiation ne peut avoir que l'un ou l'autre de ces motifs, c'est avec raison que la loi la présume de plein droit frauduleuse.

1441. — Les payements faits par l'insolvable ne peuvent être, à moins de circonstances extraordinaires, considérés comme frauduleux. D'une part, en effet, la déconfiture civile laisse le débiteur dans la plénitude de ses droits, ne lui enlève aucune de ses actions. En cet état, éteindre une dette échue et dont le payement est demandé n'est qu'un acte d'administration. D'autre part, payer régulièrement et en espèces n'a en lui-même rien de suspect, surtout lorsque la loi n'a pas imposé le devoir de s'en abstenir. Conséquemment, le débiteur qui s'y est livré ne saurait, par cela même, avoir fait une fraude.

Quant au créancier ayant reçu son payement, il est évident qu'on ne pourrait lui en faire un reproche. La loi permet à chacun de veiller à ses propres intérêts, d'exiger le payement de ce qui lui est dû. Dès lors, comment blâmer celui qui a vu sa vigilance et ses efforts couronnés de succès ? Il importe peu qu'il ait ou non connu l'état d'insolvabilité. Dans tous les cas, il n'a reçu que ce qu'il avait le droit de recevoir, et un pareil fait ne saurait jamais constituer une fraude. Il y a plus, le payement anticipé qu'il aurait accepté ne donnerait aux autres créanciers que le droit de faire rembourser les intérêts courus depuis le jour du payement jusqu'à celui de l'échéance, s'ils n'avaient pas été escomptés déjà par le débiteur [1].

[1] L. 10, § 12 ; L. 17, § 2 ; L. 24, D., *quæ in fraud. credit.*

1442. — Mais il n'en est pas de même de la déconfiture commerciale. Celle-ci constitue l'état de faillite créant de nombreuses présomptions de fraude.

Ainsi, la fraude est légalement présumée contre toutes les parties :

1° Pour les payements faits depuis la cessation ou dans les dix jours qui l'ont précédée, de dettes non échues ou pour dettes échues, autrement qu'en espèces ou effets de commerce ;

2° Pour tous les actes, même à titre onéreux, faits dans la même période ;

3° Pour les hypothèques, droits de nantissement ou de gage conférés pour dettes antérieurement contractées ;

4° Pour l'hypothèque, quoique légalement conférée, si l'inscription n'en a été requise qu'après plus de quinze jours de la date du titre constitutif ;

5° Enfin, pour les payements de dettes échues, faits en espèces ou effets de commerce, si le créancier payé connaissait l'état de faillite.

1443. — Toutes ces présomptions n'agissent pas d'une manière identique. Les unes n'admettent pas la preuve contraire, les autres la permettent. C'est ce que nous avons établi dans notre commentaire sur les faillites, auquel nous nous bornons à renvoyer [1].

1444. — Dans tous les cas où la fraude est présumée par la loi, le demandeur n'a qu'à justifier le fait auquel la présomption est attachée. Son existence suffit pour faire admettre la fraude ou pour obliger le défendeur à fournir la preuve contraire, suivant que cette preuve est ou non admissible.

1445. — Partout où cette présomption ne résulte pas d'une disposition de loi ou d'un fait, les parties rentrent dans le droit commun. C'est à celui dont le droit se fonde sur la fraude alléguée, à fournir la preuve de son existence. Nous avons dit que cette preuve peut être faite par témoins.

Mais toutes les fois que la preuve orale est admissible, celle par présomptions le devient également. Dans la matière qui nous occupe, il est même évident que c'est à cette dernière qu'on sera le plus habituellement forcé de recourir. Le fait matériel, à savoir : l'aliénation ou l'obligation souscrite, ne pourra jamais être contesté, puisque c'est son existence même qui sert de base à l'action. La difficulté se rencontrera donc dans l'intention respective des parties, et comment espérer éclairer cette intention par la déposition des témoins ? Est-ce que ceux qui se disposent à frauder sont dans l'habitude de faire des confidences ou de publier leurs projets ?

Il faudra donc demander la solution du litige aux déductions logiques, aux faits du procès, aux circonstances ayant précédé, accompagné ou suivi le contrat, en un mot, aux présomptions.

1446. — Les auteurs anciens ont beaucoup écrit sur la nature, la qualité, le nombre des présomptions qu'on devait exiger. Les plus judicieux arrivaient cependant à cette conclusion, qu'en pareille circonstance, il ne saurait exister de règles certaines ou absolues ; que chaque espèce avait ses caractères particuliers, ses exigences spéciales, et qu'ainsi, telles ou telles présomptions, jugées suffisantes dans un cas, pourraient ne pas le paraître dans un autre ; que c'était donc à la conscience du juge à se prononcer selon les inspirations qu'elle puiserait dans un mûr examen de chaque cause. Ces principes sont encore aujourd'hui les seuls vrais, les seuls admissibles.

Mais, et sans empiéter sur les fonctions de la magistrature, on peut reconnaître qu'il est certains faits qui auront nécessairement une importante influence sur le sort du litige. Dans cette catégorie se placent l'aliénation de tous les biens, la qualité des parties, la rétention de la possession des choses prétendues aliénées, le mystère et la clandestinité de l'opération [2].

1447. — 1° Aliénation de tous les biens.

Cette circonstance avait pris, dans le Digeste, le caractère d'une présomption légale, à tel point quelle dispensait de rechercher quelle avait été l'intention du débiteur : *Quamvis non proponatur consilium fraudendi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse* [3].

Comment, en effet, interpréter autrement une pareille conduite ? Qu'un homme puisse, par convenance, par calcul et quelquefois même par besoin, se défaire de quelques-uns de ses immeubles, on le comprend. Mais aliéner tout ce qu'on possède, pour se trouver ensuite en présence d'une masse de créanciers non payés, c'est évidemment n'avoir agi que pour se soustraire à des exécutions, en dénaturant sa fortune et en la faisant disparaître.

1448. — La présomption tirée de l'aliénation de tout ou de la plus grande partie de ce qu'on possède, acquerrait une autorité encore

[1] Art. 447 et suiv.

[2] Perezius, *ibid.*, tit. LXXV, liv. VII, n° 10.

[3] L. 17, § 1, Dig., *quæ in fraud. credit.*

plus imposante si, interpellé d'indiquer l'emploi des ressources en provenant, le débiteur était dans l'impossibilité d'en rendre un compte satisfaisant. Si l'aliénation inspire la pensée d'une fraude, cette impossibilité en justifierait l'existence ; en démontrant le détournement du prix, elle assignerait un but à la conduite du débiteur, et ce but, n'étant que le détournement lui-même, serait la démonstration la plus palpable de la fraude opérée contre les créanciers.

Ceux-ci, étant recevables à demander compte de l'emploi du prix, sont également recevables à soutenir que les créances prétendues payées par le débiteur n'étaient ni sérieuses, ni sincères. La preuve de leur simulation ne permettrait plus de concevoir un doute sur la certitude de la fraude reprochée.

1449. — Remarquons que la présomption, se tirant de l'aliénation de tous les biens, peut également naître d'une aliénation partielle plusieurs fois répétée. Ainsi, l'ensemble de la conduite du débiteur peut donner des indices qui ne sont pas à dédaigner. Si, après avoir vendu un premier immeuble sans nécessité bien démontrée, il en vendait un second, un troisième, etc., on pourrait voir dans la fréquence et le nombre de ces aliénations une présomption qui, quoique moindre que celle résultant d'une aliénation totale, ne manquerait cependant ni de gravité, ni de valeur.

Ajoutons que la nature des aliénations est une circonstance décisive. Si elles avaient été réalisées à titre gratuit, la fraude, nous l'avons déjà dit, serait de plein droit admise en faveur des créanciers.

1450. — 2° Qualité des parties.

Cette présomption se mesure, quant à ses effets, sur le degré de parenté ou d'alliance existant entre les parties contractantes. La proximité fait présumer facilement la fraude, et ce principe du droit romain, notre loi se l'est appliqué lorsque, s'agissant de la simulation par interposition de personnes, elle considère de plein droit comme personne interposée l'ascendant, le descendant, l'époux de l'incapable ou ses alliés au même degré.

C'est aussi que l'intérêt de l'un est en quelque sorte l'intérêt de l'autre ; qu'indépendamment du lien intime qui les unit, ils ont, en outre, la faculté de frauder, au moyen de ces pactes de famille qui permettent toute sorte d'abus, *clandestinis et domesticis fraudibus, quibus quidvis facile confingi potest.* [1] Alors, en effet, il est facile de faire revivre des droits sérieux dans l'origine, mais qui avaient été légalement éteints, de déchirer des quittances, de dissimuler des traités. C'est ce qui se réalisait dans l'hypothèse de l'arrêt de la cour de cassation du 12 février 1849, plus haut cité, l'hypothèque annulée ayant été accordée au fils pour la garantie d'une donation contractuelle que tout faisait présumer avoir été depuis longtemps réalisée.

Or, ce que les parents les plus rapprochés sont capables de faire par affection et intérêt, des parents plus éloignés peuvent le faire par affection ou seulement par complaisance. Le désir de venir au secours d'un parent fait fermer les yeux sur la nature du moyen employé et sur la gravité du préjudice qu'on va occasionner à des intérêts légitimes.

Il est donc impossible d'accepter comme l'expression de la vérité pure un acte intervenu entre de telles parties, alors surtout que par le fait cet acte constitue un préjudice, en dépouillant des créanciers du gage sur lequel ils devaient compter.

1451. — 3° Rétention de la possession par le prétendu vendeur.

La conséquence la plus directe, la plus immédiate de toute aliénation est, sans contredit, le transfert de la propriété de la chose aliénée, avec ses attributs naturels, et notamment la jouissance qui en est le principal. On n'achète pas pour ne pas jouir, pas plus qu'on ne vend pour retenir la chose ; conséquemment, d'une part, l'abandon de cette jouissance, de l'autre la rétention de la possession constituent une double et incessante protestation contre la sincérité de l'opération.

Un pareil fait n'a qu'une signification logique. Ce qu'on a voulu réellement, c'est, par le déplacement nominal et apparent de la propriété, en assurer le bénéfice au prétendu vendeur en l'exonérant de toutes les charges. Ici encore, l'événement, à savoir : le préjudice que les créanciers sont dans le cas d'en éprouver, vient résoudre avec la plus évidente certitude le doute que l'existence de l'acte peut créer.

1452. — Cela est tellement certain pour les parties elles-mêmes, qu'elles se garderont bien de faire de cette rétention une des conditions apparentes du contrat, ou de l'insérer dans ses stipulations. Ce sera tacitement, par une contre-lettre secrète, ou par une prétendue convention de bail, que cette importante modification de la vente sera arrêtée.

Mais, quelle que soit la forme employée, ce qui sera décisif, c'est le fait en lui-même : *Plus*

[1] Perezius, *loco citato*, n° 10.

valet quod agitur quam quod simulate concipitur. Il suffira donc de la matérialité convenue ou prouvée, pour que l'attention de la justice soit vivement excitée, et que l'intention réelle des parties soit l'objet des plus sévères investigations.

1453. — La rétention de la possession se réalise, soit que le vendeur ait continué d'exploiter les biens vendus par lui-même ou par un fermier choisi par lui, et agissant sous son autorité ou par ses ordres, soit que paraissant retirer lui-même les fruits, l'acheteur en ait fait annuellement compte à son prétendu vendeur. Chacun de ces faits peut être l'objet d'une preuve testimoniale dont la recevabilité, en faveur des créanciers, ne pourrait être contestée.

Dans plusieurs circonstances, et pour mieux colorer la fraude, la rétention de la possession se couvrira du prétexte d'un bail consenti par l'acheteur lui-même ou par un intermédiaire qu'on aura interposé pour accréditer d'autant la sincérité de l'opération. Mais le sous-bail, comme le bail lui-même, est repoussé par un motif qui, n'ayant rien de légal, est cependant fondé sur la nature des choses. En général, on n'aime pas à se voir, à titre de mercenaire, sur une propriété qu'on possédait à titre de propriétaire, et dont la vue incessante augmente et entretient le souvenir des contrariétés et des malheurs qui l'ont fait sortir de vos mains. La conduite contraire indique une dose de philosophie qu'il n'est pas donné à tout le monde de posséder.

Tout ce qui n'est pas naturel n'est pas vraisemblable. Aussi l'existence du bail, en pareilles circonstances, le rendra suspect de n'être que le complément nécessaire de la fraude. Il est même une hypothèse où ce soupçon deviendrait une certitude, à savoir : celle où le prétendu preneur, simple propriétaire ou industriel, serait obligé, pour exécuter le bail, de recourir à un sous-preneur.

1454. — 4° L'exécution occulte et clandestine.

Les parties qui donnent à leur convention une exécution occulte et clandestine prouvent, par cela même, par leur propre témoignage, le peu de sincérité de cette convention. Si elles se cachent, c'est qu'elles craignent, c'est qu'elles ont recours au mensonge et à la ruse, c'est, enfin, qu'elles veulent tromper ceux qu'elles prétendent laisser dans l'ignorance la plus complète sur un fait qu'il leur importerait de connaître. La vérité loyale et franche n'a pas besoin de mystère, elle peut se présenter et dédaigner toutes précautions de ce genre. Ce n'est donc pas elle que les parties ont voulu soustraire à tous les regards ; comment, d'ailleurs, ne pas faire soupçonner la fraude, lorsqu'on en emprunte les allures et la forme?

1455. — Chacune de ces présomptions générales a par elle-même une valeur réelle et incontestable. Suffirait-elle pour faire admettre l'action des créanciers? C'est là une question que la conscience du juge peut seule résoudre, si jamais elle pouvait s'élever. En effet, il est peu présumable que cette présomption s'offre dans une circonstance sans qu'elle soit accompagnée d'autres faits qui, venant à son appui, détermineront la conviction qu'elle tend à établir.

1456. — En effet, à côté de ces présomptions générales, il en existe une foule d'autres que chaque espèce est dans le cas de faire surgir : ainsi, l'acte sous seing privé, les clauses extraordinaires qu'il peut renfermer, le défaut de mention de la réelle numération dans l'acte public, l'insolvabilité notoire d'une des parties, la déconfiture, la position de fortune du prétendu acquéreur ou prêteur, enfin la vileté du prix.

1457. — Sans doute, on pourrait dire, avec Troplong [1], que le prix conventionnel, quoique modique, n'en est pas moins sérieux dès que l'intention de l'exiger est certaine ; qu'ainsi, il ne suffit pas que le prix ne soit pas en proportion avec la valeur réelle de la chose, pour qu'on soit autorisé à conclure à la fraude.

Si cela peut être admis, c'est évidemment lorsque le vendeur, libre de toute obligation envers des tiers, a l'entière disposition de sa fortune. La partie du prix qu'il consent à ne pas exiger est acquise à l'acquéreur à titre, pour ainsi dire, de libéralité. Or, celui qui pourrait donner tout peut, incontestablement, donner une part quelconque. On conçoit donc qu'il ne pourrait obtenir la résiliation de la vente sur le prétexte de la vileté du prix.

Mais il ne saurait en être de même dans l'hypothèse nous occupant. Celui qui a des créanciers doit tout d'abord les satisfaire. Si, avant de remplir ce devoir, il distrait ou détourne une partie de son actif, il commet, par cela seul, une fraude dont les créanciers sont autorisés à lui demander compte.

Or, ce détournement s'opère par une vente à vil prix comme par une soustraction matérielle. Cette vente est considérée dès lors comme faite en fraude de ceux-ci. Elle doit d'autant plus l'être que cette vileté du prix peut n'être qu'apparente, et conséquemment, que le résultat d'un

[1] *De la Vente*, art. 1592, n° 150.

concert entre les parties pour s'avantager mutuellement au détriment des tiers.

Dès lors la vente à vil prix crée une présomption de fraude contre le débiteur. Ce qu'il a consenti à ne pas exiger de la valeur réelle est un abandon volontaire, une véritable donation qu'il ne devait pas, qu'il ne pouvait pas consentir avant de s'être libéré de ses dettes. On doit d'autant mieux le décider ainsi, que la vente, à l'effet de soustraire ce qui en fait l'objet aux poursuites des créanciers, est essentiellement frauduleuse; que la vileté du prix ne sera que la conséquence de la nécessité de vendre à tout prix, pour sauver au moins ce que l'acheteur consentira de donner.

Relativement à ce dernier, la vileté du prix qu'il donne perdrait de son importance, si la différence entre le prix stipulé et la valeur réelle est de peu d'importance. Chacun veut acheter au plus bas prix possible, et l'exercice de ce droit ne peut jamais constituer une fraude.

Mais si la différence est considérable, si elle est certaine, visible, palpable, rien ne peut justifier l'acheteur. S'il l'a exigée, c'est qu'il a connu la position du vendeur, la nécessité dans laquelle il s'est trouvé de vendre et le but qu'il s'est proposé. S'il s'est borné à accepter l'offre que lui aurait faite ce dernier, cette offre aurait dû alarmer sa loyauté et lui faire soupçonner la fraude. Il a donc volontairement consenti à profiter de cette fraude, s'il ne l'a pas exploitée à son profit, et, dans l'un et l'autre cas, la révocation est la juste récompense de sa conduite.

Enfin, les antécédents et la moralité des parties fournissent un utile contingent à l'appréciation des actes intervenus entre elles.

Nous n'avons pas épuisé la série des présomptions relevées par les auteurs tant anciens que modernes. Nous avons dû nous borner à rappeler celles qui seront le plus habituellement invoquées devant les tribunaux.

1458. — Ce que nous devons ajouter, sans revenir autrement sur ce que nous avons déjà dit [1], c'est que la pertinence des présomptions est souverainement appréciée par le juge. Appelé à prononcer comme juré, le magistrat ne doit compte qu'à sa conscience de la conviction qu'il puise dans l'ensemble des faits et circonstances du procès.

[1] Voy. *suprà*, nos 254 et suiv.

SECTION IV.

A QUELS ACTES S'APPLIQUE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1459. — Tous les contrats peuvent être attaqués par l'action paulienne, à quelles conditions?
1460. — Division.

1459. — Tous les contrats peuvent être attaqués par l'action paulienne, à ces deux conditions néanmoins : 1° qu'ils soient de nature à causer un préjudice aux créanciers; 2° qu'ils aient été souscrits dans cette intention. En d'autres termes, nous retrouvons ici les exigences requises en matière de dol : *Consilium et eventus.*

Toutefois, le premier de ces caractères peut résulter de la nature du contrat. Ainsi, les libéralités à titre gratuit le font admettre de plein droit. Telle était la doctrine du droit romain que nous avons eu déjà l'occasion de rappeler, telle est celle que notre droit ancien a léguée à notre Code actuel.

1460. — Pour procéder avec plus de méthode et de clarté, nous allons, dans des articles spéciaux, traiter des principaux contrats pouvant être attaqués par l'action paulienne, et examiner pour chacun d'eux les effets qu'elle est dans le cas de produire, et sa durée.

§ Ier.

Du mariage.

SOMMAIRE.

1461. — La loi n'a pas compris la simulation au nombre des moyens admis pour attaquer le mariage; pourquoi?
1462. — Étranges conséquences que la doctrine contraire créerait.
1463. — Mais pourra-t-on soutenir que le mariage n'a été qu'un moyen pour acquérir frauduleusement des avantages attachés à sa célébration?
1464. — Espèce dans laquelle l'affirmative a été jugée.
1465. — Le mariage de la malade avec le médecin qui l'a soignée dans la maladie dont elle est morte fait-il disparaître l'incapacité dont le médecin est frappé?
1466. — La ratification expresse ou tacite de la part des héritiers couvrirait l'invalidité du mariage. — Conséquence quant à la prescription.
1467. — La constitution dotale consentie par le père peut être attaquée par les tiers, comme faite en fraude de leurs droits.
1468. — Système du droit romain; distinction entre la fille et le gendre, quant aux effets de la fraude.
1469. — Ce système devint celui de notre ancien droit.
1470. — Le Code ne contient à cet égard aucune disposition expresse. — Jurisprudence jusqu'en 1847.
1471. — Arrêt de la cour de cassation du 23 juin 1847, statuant que, pour la fille elle-même, la constitution dotale est faite à titre onéreux.
1472. — Critique que Dalloz fait de cet arrêt.
1473. — Réfutation.

1474. — Persistance de la cour de cassation dans la jurisprudence de l'arrêt de juin 1847.
1475. — Conclusion.
1476. — Conditions indispensables pour que la donation soit considérée comme faite en vue du mariage.
1477. — Les créanciers du mari peuvent-ils attaquer la reconnaissance et la quittance frauduleuse de la dot contenues dans le contrat de mariage?
1478. — *Quid* de la quittance de la dot consentie pendant la durée du mariage?
1479. — Le droit qu'ont les créanciers peut-il être exercé par les héritiers du mari?
1480. — Opinion des auteurs anciens.
1481. — Solution que les dispositions du Code, sur les donations entre époux, font consacrer.
1482. — Droit des héritiers de demander la réduction en cas d'excès.
1483. — Dangers que la séparation de biens fait courir aux créanciers.
1484. — A la femme elle-même.
1485. — Faculté accordée à celle-ci de prendre toutes mesures conservatoires. — Étendue de cette faculté.
1486. — Cette faculté comprend-elle le droit de faire apposer les scellés sur les effets de la communauté? A quelles conditions le mari pourra-t-il en obtenir la levée?
1487. — La gravité de ces mesures en a fait soumettre l'exécution à l'autorisation préalable du président du tribunal civil.
1488. — Mais la requête aux fins de cette autorisation n'a pas besoin d'être communiquée au mari.
1489. — Caractère de l'autorisation.
1490. — Toutes les mesures autorisées en cas de demande en séparation de biens peuvent être réalisées par la femme demanderesse en séparation de corps.
1491. — La séparation de biens, qui n'est que la conséquence de la séparation de corps, n'est pas soumise, quant à la demande, à la publicité exigée pour la poursuite de la première.
1492. — Abus qu'on a fait de la séparation de biens.
1493. — Précautions que cet abus avait suggérées au législateur.
1494. — 1° Publicité de la demande. — Son objet.
1495. — Le créancier intervenant a le droit de contester la demande et de la faire rejeter.
1496. — Effet du défaut de publicité.
1497. — 2° Conditions d'admissibilité de la demande. — Époque du jugement.
1498. — Le délai exigé par l'article 869 du Code de procédure civile est prescrit à peine de nullité.
1499. — Obligation pour la femme de prouver le désordre des affaires de son mari. — Sévérité que les tribunaux doivent apporter dans son accomplissement.
1500. — Faits tendant à établir cette preuve. — Preuve orale.
1501. — Peut être ordonnée d'office par le juge.
1502. — 3° Publicité du jugement. — Son objet.
1503. — Elle est prescrite à peine de nullité.
1504. — 4° Exécution du jugement. — Présomption résultant de son absence. — Délai dans lequel elle doit s'accomplir.
1505. — Motifs pour lesquels la loi assimile la poursuite à l'exécution.
1506. — Controverse que la nécessité d'agir dans la quinzaine a fait naître. — Dans quel sens elle a été tranchée.
1507. — Constatation que doit recevoir l'exécution volontaire.
1508. — Si l'exécution consiste dans le payement, ce payement doit être réel et intégral, au moins jusqu'à concurrence des biens du mari.
1509. — A défaut de payement, la poursuite doit être commencée dans la quinzaine et continuée sans interruption.
1510. — Exception que cette règle comporte.
1511. — Caractère du jugement régulièrement rendu entre les époux et entre les tiers. — Faculté pour ceux-ci de l'attaquer pendant un an.
1512. — Effet du silence gardé par les créanciers pendant ce délai.
1513. — Les créanciers postérieurs à la séparation ne peuvent se plaindre de l'exécution tardive qu'elle aurait reçue, à moins que cette exécution n'eût été postérieure à la date de leur créance.
1514. — Les créanciers qui ont laissé expirer l'année sans réclamer sont-ils recevables à attaquer la séparation comme faite en fraude de leurs droits?
1515. — Conclusion.
1516. — L'effet rétroactif du jugement de séparation au jour de la demande est-il opposable aux tiers comme au mari?
1517. — Distinction à l'aide de laquelle cette question doit être résolue.
1518. — La dissolution du mariage par la mort d'un des époux peut devenir une occasion de fraude.
1519. — Le détournement de l'actif est la fraude la plus redoutable.
1520. — Caractère de ce détournement pour la femme dotale ou commune en biens.
1521. — Droits que la loi reconnaît à la femme, relativement à la communauté.
1522. — Effets produits, quant à ce, par le recélé dont elle se rend coupable.
1523. — Effets du recélé commis par le mari ou ses héritiers.
1524. — Les peines édictées par la loi doivent-elles seules être appliquées, et devrait-on refuser les dommages-intérêts réclamés.
1525. — La femme renonçante ne pourrait exciper de son recélé pour se faire restituer contre la renonciation.
1526. — Les héritiers du mari peuvent ne pas faire prononcer la nullité de la renonciation.
1527. — Mais dans tous les cas, et par rapport aux créanciers, la femme est commune par cela seul qu'elle a recélé.
1528. — La femme ou ses héritiers peuvent faire annuler la renonciation qu'ils n'auraient faite que par une conséquence des recélés commis par le mari.
1529. — Doit-on placer sur la même ligne le recélé et la fausse supposition de créances à la charge de la succession?
1530. — Droit des créanciers de la femme de faire annuler la renonciation qu'elle aurait faite en fraude de leurs droits.
1531. — Comment s'établirait la preuve de cette fraude?
1532. — Les créanciers personnels de l'héritier de la femme ont le même droit contre la renonciation émanée de celui-ci.
1533. — Les créanciers de la femme ou de son héritier peuvent-ils quereller l'acceptation faite par l'un ou par l'autre?
1534. — Effet de la révocation obtenue par les créanciers.
1535. — L'action en révocation de la renonciation ou de l'acceptation se prescrit par dix ans. — Doutes sur le point de départ de ce délai.

1536. — Le détournement commis avant la dissolution du mariage est assimilé au recélé.
1537. — Caractère que doit avoir celui-ci.
1538. — L'action d'un époux, pour la répression des fraudes commises à son préjudice par son conjoint pendant la durée du mariage, passe à l'héritier.
1539. — La femme peut-elle obtenir contre les tiers la nullité des baux de ses biens paraphernaux consentis par le mari ?

1461. — Le mariage était un acte trop important, trop solennel, pour qu'on l'abandonnât aux règles tracées par le Code pour les contrats ordinaires. Indissoluble par essence, recevant la double sanction de la loi et de la religion, destiné à devenir la source de la famille, il touchait de trop près à l'intérêt social, pour qu'il ne dût pas être rangé, quant à ses conditions et ses formes, dans une catégorie spéciale.

C'est ce que le législateur a parfaitement compris; aussi le voyons-nous, dans un titre particulier du Code, régler tout ce qui lui est relatif, circonscrire les moyens de nullité dans un cercle très-étroit, dire par qui, quand et comment ils pourraient être opposés.

La simulation n'a nullement été placée au nombre de ces moyens de nullité. Ce silence suffirait donc pour faire écarter la demande à laquelle elle servirait de base. Indépendamment de son caractère légal et juridique, cette conclusion découlait invinciblement de la nature des choses et de la raison la plus évidente.

En effet, on ne peut se faire une idée d'un mariage simulé dans l'acception ordinaire de ce mot. La simulation suppose que l'acte que les parties ont fait en apparence est tout autre que celui qu'elles ont voulu et entendu faire en réalité : *Cum aliud agitur, aliud simulatur;* il faut donc, pour qu'on puisse en admettre l'existence, qu'à côté du contrat apparent puisse se placer la possibilité d'un autre qu'on devra préférer. Or, que pouvaient vouloir ceux qui, après l'accomplissement des formalités spéciales, ont procédé à la célébration civile et religieuse de leur mariage, sinon se marier?

1462. — A ce point de vue donc, on ne comprendrait pas le reproche d'une simulation. On le comprend bien moins encore en présence des conséquences véritablement étranges auxquelles la doctrine contraire arriverait infailliblement.

Ainsi, et par cela seul que le mariage est célébré, ses effets légaux se produisent en faveur et contre tous. Les époux ne peuvent contracter un nouveau lien sans encourir la peine de la bigamie; la femme est de plein droit placée sous l'autorité maritale; les enfants nés de ce mariage sont par cela seuls légitimes; ceux que l'époux aurait d'une autre personne que de son conjoint seraient adultérins. Tout cela serait cependant un mensonge! On viendrait soutenir que le mariage est simulé; que les parties n'ont pas eu l'intention de s'unir; qu'elles ne se sont pas réellement et sérieusement épousées; que leur consentement n'a été qu'une comédie, c'est-à-dire qu'on aboutirait à la plus monstrueuse absurdité.

Le maintien absolu du mariage et la prohibition de l'attaquer pour simulation sont donc justifiés par la simple raison et commandés par le bon sens.

1463. — Mais si le mariage ne peut être querellé, pourra-t-il l'être comme moyen de simulation ? Est-on recevable à soutenir qu'il n'a été consenti que pour acquérir des avantages soumis à cette condition ou pour éluder une incapacité légale?

1464. — Déjà nous avons cité une espèce dans laquelle la cour d'Aix, par arrêt du 4 mars 1813, sans s'expliquer sur le mariage en lui-même, refusa de lui faire produire les effets en vue desquels elle le déclara frauduleusement consenti [1].

1465. — L'incapacité édictée par l'article 909 a fourni de nombreux exemples de la seconde hypothèse. Un médecin, voulant échapper à cette disposition et recueillir les biens de sa malade, l'épouse dans la durée de la dernière maladie. Ce mariage fait-il disparaître l'incapacité et rend-il le médecin apte à recueillir les libéralités qu'il obtient par ce moyen?

La question ne saurait être douteuse pour les libéralités antérieures au mariage. En supposant même que le mariage fît disparaître l'incapacité, cet effet ne se réaliserait que pour l'avenir, à dater de sa célébration, mais il ne ferait pas disparaître cette incapacité pour le passé. Tout ce qui aurait été fait avant le mariage et pendant la maladie serait donc frappé de nullité, si cette maladie s'était terminée par la mort.

Mais l'annulation de tout ce qui aurait suivi le mariage fait naître beaucoup plus de difficultés. L'article 909, a-t-on dit, et cela est vrai, ne concerne pas le mari médecin donnant les secours de son art à sa femme malade. C'est là non-seulement exercer un droit, mais encore remplir un devoir que sa tendresse d'époux autorise, que la morale sanctionne. On ne saurait donc, sans une révoltante injustice, condamner, comme une odieuse spéculation, ce qui n'est que la conséquence d'une affection légitime.

[1] Voy. *suprà*, nos 342 et suiv.

Mais peut-on assimiler à ce mari le médecin qui n'est mandé que pour donner des soins à une malade, qui, incapable à ce titre de recevoir une libéralité quelque peu importante, devient son mari pour pouvoir recueillir une fortune dont la possession a seule motivé sa démarche en excitant sa convoitise, et qui la recueille effectivement peu de temps après, la malade n'ayant pas survécu à la maladie? Un pareil mariage, alors surtout que l'homme de l'art n'a pu se dissimuler le caractère essentiellement mortel de la maladie et la certitude d'une issue fatale, n'inspire-t-il pas l'idée d'une fraude pour échapper à l'article 909? Est-il dès lors rationnel et juste de tolérer une aussi odieuse, une aussi déloyale spéculation?

C'est cependant pour l'affirmative que s'est depuis longtemps prononcée la cour de cassation; elle a, par arrêt du 30 août 1808, déclaré capable, comme mari, le médecin qui n'a épousé sa malade que pendant le cours de sa dernière maladie.

Mais, quelque respect que nous inspire la haute science de la cour régulatrice, sa décision, nous osons le dire, ne satisfait ni à la raison, ni à la justice. Ainsi elle consacre la possibilité d'éluder la prohibition de l'article 909 et l'abus d'influence qui en fait le fondement, par cet abus même poussé jusqu'à ses dernières limites. Peut-on en effet supposer que, rongée par le mal qui la dévore, une femme puisse dans son agonie concevoir et exécuter spontanément un projet de mariage? C'est à l'aide de mensonges, de promesses de guérison, dont le mariage sera lui-même offert comme un gage de sincérité, qu'on l'y déterminera, et c'est à cette chimérique espérance qu'on devra ce consentement à une union destinée à ne pas être consommée.

Une pareille conséquence, et elle se réalisera généralement dans ce cas, est plus qu'un mensonge, c'est une profanation, et nous dirons sans hésiter, avec Duranton : Il ne faut pas que la sainteté du mariage soit un moyen de couvrir une fraude à la loi. Un homme qui ne le contracte qu'avec la mort, pour ainsi dire, en vue de s'approprier une fortune qu'il est incapable de recueillir en sa qualité de médecin du disposant, réunit en sa personne l'indignité et l'incapacité, et l'une ne saurait couvrir l'autre [1].

Qu'on ne touche donc pas au lien honteux qu'il a eu le triste courage de former, mais qu'on lui arrache la fortune en vue de laquelle il a entrepris et exécuté cette indigne, cette odieuse comédie. Mieux vaudrait, plutôt que de décider le contraire, effacer l'article 909 de nos Codes. L'influence médicale y gagnerait sans doute; elle pourrait se faire une large part des dépouilles de la personne qu'elle n'a pu sauver, mais du moins on ne verrait plus un cadavre traîné à la mairie et à l'autel pour y célébrer un mariage que viendra fatalement interrompre le glas de la mort.

Ces idées, que la plus saine morale avoue, sont destinées à prévaloir; déjà la cour de cassation a introduit dans sa jurisprudence de 1808 une modification qui en fait présager une dernière, mais décisive, dans le sens que nous indiquons. Elle a, le 11 janvier 1820, rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Paris décidant que le mariage pendant la dernière maladie, n'ayant eu pour objet que d'éluder l'article 909, n'en faisait pas disparaître la prohibition.

Il est vrai que la cour de cassation semble ne pas admettre ce principe, et n'autoriser la nullité que lorsqu'il est prouvé que les libéralités, au lieu d'avoir été déterminées par l'affection conjugale, n'ont d'autre cause que l'empire que le médecin avait sur sa malade, et les manœuvres du donataire dans les derniers moments de la vie de la donatrice.

Mais si le mariage lui-même n'a été que la conséquence de l'empire exercé par le médecin sur l'esprit de la malade, n'est-il pas évident que tout ce qui aura suivi procédera de la même source et participera du même vice? La doctrine de la cour de Paris nous paraît donc plus logique, lorsqu'elle va chercher la nullité de l'effet dans la nullité de la cause elle-même.

C'est à cette doctrine que se range Marcadé, malgré que, sur le principe de la capacité, il pense comme la cour de cassation. Mais ce principe, dit-il, doit fléchir, s'il était prouvé par les héritiers du disposant que le mariage n'a été contracté que dans le but d'échapper à la prohibition de l'article 909. Dans ce cas, les libéralités n'en seraient pas moins annulées par la mort de la malade, car la conduite infâme d'un homme, qui n'a formé le plus saint des contrats que comme un moyen de réaliser ses honteux calculs, ne saurait le relever de l'incapacité qui frappait sur lui [2].

La question réduite à ces termes, comment pourrait-on prouver plus énergiquement le calcul infâme du médecin, autrement que par le fait du mariage lui-même? Quel pouvait être le but de sa célébration, chez le médecin sachant que

[1] T. VIII, p. 279, n° 257.

[2] T. III, art. 909, n° 3.

la malade est inévitablement vouée à la mort, et pouvant, en quelque sorte, mesurer avec certitude le peu de jours pendant lesquels elle peut survivre encore? A-t-il espéré cette association intime, cette mutualité de plaisirs et de peines qui fait le charme de la vie? A-t-il été bercé du doux espoir de rencontrer, dans une heureuse paternité, des objets nouveaux à chérir ? Enfin, a-t-il cédé au désir de posséder celle qui excite ses passions? Mais aucune de ces illusions ne lui a été permise, pas même la dernière, car celle qu'il épouse cependant, touchant déjà aux portes de la mort, n'est plus peut-être qu'un objet de pitié et de dégoût. Qu'a-t-il donc cherché dans ce mariage, sinon cette fortune si ardemment convoitée, et qui devait, dans sa pensée, en être le prix ?

La fraude est donc prouvée par le fait seul du mariage. Dès lors, et au nom des sentiments exprimés par Marcadé, la justice doit maintenir une prohibition si nécessaire au repos des familles !

Nous ne saurions au reste mieux résumer les motifs de cette opinion qu'en transcrivant un jugement du tribunal civil de la Seine, qui les déduit avec une remarquable précision :

« Attendu que la prohibition prononcée par l'article 909 a pour motif unique la présomption légale de l'empire que celui qui pratique l'art de guérir exerce sur l'esprit du malade auquel il administre les secours de son art pendant la dernière maladie ; que lorsque le motif de cette loi reçoit son application, on ne peut en éluder les dispositions par des moyens indirects, parce qu'on ne peut faire indirectement ce que la loi défend de faire directement ;

« Qu'un mariage contracté entre le médecin et sa malade, pendant le cours de sa dernière maladie, lorsqu'elle est de nature à ne laisser à l'homme de l'art aucune vraisemblance de guérison, ne présente ni avantage légitime pour les parties contractantes, ni intérêt pour la société ; qu'il n'est qu'un moyen d'échapper à l'incapacité, et une forte et nouvelle preuve de cet empire, véritable motif de la prohibition ;

« Que l'on doit distinguer le cas où la qualité de médecin est modifiée par des circonstances naturelles et non suspectes, telles que celles prévues par l'article 909, d'avec ceux où ces circonstances ne sont que le résultat de calculs et l'effet de l'art employé par la personne prohibée, qui s'est efforcée de se placer elle-même dans un des cas d'exception. »

Ce jugement fut déféré à la cour d'appel de Paris, mais, par arrêt du 24 février 1817, celle-ci le confirme sur ce chef, considérant que le mariage du médecin avec sa malade, pendant la durée de la dernière maladie dont elle est morte, ne couvre pas l'incapacité établie par l'article 909.

Plus tard, la cour de Paris a été de nouveau appelée à se prononcer sur la question, et son arrêt du 26 janvier 1819 consacre de nouveau la solution donnée par celui de 1817 : « Considérant, en fait, que les libéralités attaquées ont été faites durant la maladie dont la donatrice est morte, et que le bénéficiaire était son médecin ordinaire; en droit, considérant que l'incapacité que cette qualité lui infligeait, aux termes de l'article 909, n'a pu être effacée par un mariage uniquement contracté pour échapper à la prohibition de la loi. »

C'est le pourvoi formé contre cet arrêt que la cour de cassation rejette par sa décision du 11 janvier 1820, dont nous avons déjà parlé. Ce qui, dès lors, semblerait résulter de ce rejet, en présence de la solution de la cour de Paris, c'est que la preuve exigée par la cour de cassation, que les libéralités ne sont pas l'effet de l'affection conjugale, s'induit de cela seul que le mariage n'a été lui-même qu'un calcul à l'effet d'éluder la prohibition de l'article 909.

Réduite à ces termes, que nous considérons comme très-juridiques, il est évident que les héritiers poursuivant la nullité de libéralités de ce genre n'auront, en aucune manière, à quereller de simulation la célébration du mariage ; ils ne devront soutenir qu'une seule chose, à savoir : que le mariage a été imposé par l'influence que la qualité de médecin donnait au mari sur l'esprit affaibli de sa malade, et conséquemment le résultat de manœuvres et non de l'affection ; à notre avis, cette preuve résulte du mariage lui-même. Ce serait donc au mari à prouver l'affection à laquelle il attribuerait la conduite de la malade. Au reste, comme pour toutes les appréciations de fait, les juges sont, dans cette hypothèse, les arbitres souverains de la question, dont ils puiseront la solution dans la position des parties, leur qualité, la nature de la maladie, son incurabilité, enfin la distance qui a séparé le mariage de la mort.

1466. — Il convient de faire remarquer que, malgré que l'article 909 dispose dans un motif d'intérêt général, la vérité est qu'il a surtout en vue l'avantage de la famille déshéritée par l'abus de l'influence qu'il condamne : *Primario spectat utilitatem privatam, et secundario publicam.* La nullité qui résulte de sa violation n'est donc pas absolue. Elle est purement

respective, comme l'aurait appelée notre ancienne jurisprudence.

Il suit de là que l'acte fait contrairement à l'article 909 est susceptible d'être ratifié expressément ou tacitement par la partie qui en est lésée. Le silence gardé pendant plus de dix ans faisant présumer cette dernière, l'action qui n'aurait pas été intentée avant l'expiration de ce délai serait éteinte par la prescription. C'est ce qu'on devrait décider sous l'empire du Code [1].

1467. — Le contrat de mariage, réglant les conventions matrimoniales, peut devenir l'occasion de fraudes, non-seulement de partie à partie, ainsi que nous l'avons déjà vu, mais des parties contre les tiers. En premier lieu, une dot plus ou moins considérable peut être constituée par un homme en état d'insolvabilité, et le sachant lui-même. Si cet homme est le père, la constitution de la dot sera-t-elle attaquable par les créanciers? Devra-t-elle être annulée par le principe applicable aux libéralités pures et simples, et quelle que soit la bonne foi des époux?

1468. — Le droit romain admettait l'action des créanciers, mais il distinguait, quant à ses effets, entre le gendre et la fille.

A l'égard du premier, la dot était censée reçue à titre onéreux. Elle était, par rapport à lui, considérée comme la condition essentielle de l'union aux charges de laquelle elle devait contribuer : *Mariti etenim intuitu onerosis eum titulis adnumerari oportere jurisconsultus asserit, quia dos datur ad sustinenda onera matrimonii, et probabiliter maritus indotatam non fuisset ducturus* [2]. Aussi n'était-il soumis à l'effet de l'action révocatoire des créanciers que s'il s'était associé à la fraude du constituant : *Si a socero fraudatore, sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione* [3].

Il n'en était pas de même pour l'épouse. Malgré qu'elle eût, depuis la loi Julia et la constitution de l'empereur Antonin, le droit de contraindre ses parents à la doter [4], tout ce qu'elle recevait à ce titre était considéré comme une donation. Elle était donc tenue de le restituer à la dissolution du mariage, quelle que fût d'ailleurs sa bonne foi. Il suffisait aux créanciers de prouver la fraude du père pour que leur action révocatoire dût sortir à effet.

1469. — Cette législation et ses conséquences devinrent le droit commun de la France, non-seulement pour les pays de droit écrit, mais encore pour tous ceux dont les coutumes étaient muettes sur l'action révocatoire. On continua donc d'observer la distinction entre les gendres et les filles, ainsi que les effets en résultant.

La révocation, dit Furgole, a lieu pour toutes sortes de choses : immeubles, meubles, droits et actions donnés non-seulement par les donations simples, mais encore par les constitutions de dot. Mais si le mari a reçu la dot, on distingue s'il a connu la fraude ou non. Au second cas, les créanciers ne peuvent agir contre lui, parce qu'il est considéré comme créancier ou acheteur; mais, au premier, la révocation a lieu; que, s'il s'agit de l'intérêt de la femme à laquelle la dot a été constituée, on n'examine pas si elle a eu connaissance de la fraude, parce que, à son égard, c'est une libéralité à titre lucratif [5].

1470. — Le Code civil n'a pas suivi l'exemple du législateur romain, en ce sens qu'il ne renferme aucune disposition sur les effets de l'action révocatoire de la dot, soit à l'égard de la femme, soit à l'égard du mari. Mais, en ce qui concerne ce dernier, la jurisprudence a toujours marché sur les traces que les législations précédentes avaient pratiquées, et, considérant la dot comme reçue à titre onéreux, elle n'a admis la révocation qu'en tant que la preuve qu'il s'était associé à la fraude du constituant était administrée.

Jusqu'en 1847, la jurisprudence n'avait eu à traiter ce qui concerne la femme que d'une façon en quelque sorte subsidiaire, et à propos des conséquences que pouvait entraîner contre elle la solution que recevait la demande dirigée contre le mari. C'est ainsi notamment que, dans son arrêt du 6 juin 1844, la cour suprême, s'arrêtant au fait qu'un apport, que le contrat de mariage constatait avoir été fait par le gendre, n'avait pas été réalisé, en concluait que la dot, prétendue constituée en échange, n'était qu'une pure libéralité, tant au profit de la fille qu'au profit du gendre, et dès lors susceptible de révocation, par suite de la faillite du constituant [6].

Mais cet arrêt, ainsi que l'observe Dalloz lui-même, se renfermant dans les limites de l'appréciation qui le motive, ne résout qu'une espèce. Il ne décide, en droit, ni que la dot a pris sous le Code civil, qui ne la considère plus comme obligatoire pour les parents, le caractère d'un

[1] Cass., 21 août 1822.

[2] Voet, *ad Pandectas*, l. 42, tit. VIII, no 6.

[3] L. 25, Dig., *quæ in fraud. credit.*

[4] L. 19, Dig., *de ritu nupt.*; l. unica, Cod., *de dot. promis.*

[5] *Des Test.*, t. IV, p. 230, chap. XI, sect. Ire, no 20; voy. Despeisses, vo *Dot*, part. Ire, sect. Ire; Domat, *Lois civiles*, tit. IX, sect. II, no 1.

[6] D. P., 44, 1, 410.

acte de pure libéralité, susceptible de tomber sous l'action révocatoire des créanciers, malgré la bonne foi de celle qui l'a reçue, ni que ce caractère de disposition gratuite serait imprimé à la dot par cela seul que les apports annoncés par le mari ne se vérifieraient pas. Sur l'une comme sur l'autre question, l'arrêt ne lie nullement l'indépendance absolue de la cour suprême.

1471. — C'est ce qu'elle a pensé elle-même. Aussi appelée à se prononcer, et cette fois directement, sur l'action des créanciers contre la femme, à raison de la dot, elle a jugé, le 23 juin 1847, que la constitution de dot, faite par un père au profit de sa fille, a le caractère d'un contrat à titre onéreux non-seulement vis-à-vis du gendre, mais encore à l'égard de la fille dotée; que, par suite, les créanciers du constituant ne peuvent demander la révocation de cette constitution dotale, comme faite en fraude de leurs droits, qu'autant que l'un et l'autre des époux ont concouru à la fraude.

1472. — Dalloz, en rapportant cet arrêt [1], l'accompagne d'une critique longuement exposée. Les fondements de cette critique reposent sur ces idées principales :

« En droit romain, aux termes de la loi Julia et de la constitution de l'empereur Antonin, la dot était obligatoire pour les parents. Les enfants avaient droit de l'exiger. Cependant, malgré ce caractère, elle ne cessait pas de paraître une pure libéralité, que la fraude seule du constituant permettait aux créanciers de faire révoquer, sans égard pour la bonne foi de l'enfant doté.

« Comment pourrait-il en être autrement aujourd'hui que l'article 204, abrogeant la loi Julia et la constitution de l'empereur Antonin, a converti en loi cette maxime du droit coutumier, *ne dote qui ne veut?* Ne faut-il pas en conclure que le caractère de pure libéralité de la dot ressort bien plus évident encore de ce qu'elle n'est plus obligatoire?

« Dès lors si la dot n'est qu'une véritable donation, elle doit, comme celle-ci, être révoquée malgré la bonne foi du donataire, et par la seule fraude du donateur. La cour de cassation a donc, en décidant le maintien de la dot, sous prétexte de la bonne foi de l'épouse, méconnu un principe qu'elle avait elle-même sanctionné, et abandonné sa propre jurisprudence. »

1473. — Ce dernier reproche n'aurait pu être adressé à la cour que si, ayant admis pour la dot le caractère d'acte à titre gratuit, elle l'avait soustraite à l'action révocatoire, en se fondant sur la bonne foi de la fille dotée. Mais, loin de là, si la dot est maintenue jusqu'à preuve de complicité dans la fraude du constituant, c'est que, par rapport aux époux, il est déclaré qu'elle est reçue à titre onéreux. En conséquence, en la soumettant aux règles régissant ces contrats, l'arrêt n'a voulu ni pu méconnaître les principes applicables aux libéralités.

Se trompe-t-il, en donnant ce caractère à la constitution de dot? C'est ce qu'il fallait prouver, et c'est ce que Dalloz ne fait pas, lorsqu'il se borne à s'en référer d'une part au droit romain, de l'autre à l'article 204.

Le droit romain! Nous reconnaissons que l'arrêt s'en écarte, mais cela tient à une circonstance qui mérite d'être relevée. Il était difficile, sous l'empire de ce droit, qu'on n'appliquât pas la règle rappelée par Dalloz, et cela par cette raison fort simple que le cas avait été législativement prévu et décidé. L'action des créanciers avait été formellement donnée contre la fille dotée, alors même qu'elle avait ignoré la fraude de son père, la constitution dotale étant considérée par rapport à elle comme provenant en quelque sorte d'une pure libératité : *Quia intelligitur* QUASI EX DONATIONE *aliquid ad eam pervenire* [2].

Mais notre Code ne renfermant aucune disposition de ce genre, on peut décider le contraire sans violer aucun texte.

Ce texte existerait-il dans l'article 204, faut-il conclure que, par cela seul qu'il a laissé aux parents la faculté de donner une dot ou de la refuser, il a entendu faire de celle-ci une pure libéralité? Une telle conclusion, non justifiée d'ailleurs par le texte, serait contraire à l'esprit qui l'a fait adopter. Ce que le législateur a voulu par l'article 204, c'est protéger plus efficacement, c'est renforcer la puissance paternelle que la loi Julia avait voulu énerver, parce qu'elle portait ombrage aux empereurs; c'est rendre impossible ces inquisitions auxquelles était livrée la fortune privée, lorsqu'il s'agissait de fixer la quotité de la dot réclamée; c'est enfin empêcher ces mariages contractés contre la volonté et malgré la résistance des parents, auxquels la certitude de recevoir, dans tous les cas, une dot, était un si puissant encouragement.

Voilà le but élevé et moral que l'article 204 a voulu atteindre. C'est donc le méconnaître, ou tout au moins le rabaisser singulièrement, que de le réduire aux proportions d'une simple ques-

[1] 47, 1, 241.

[2] L. 25, § 1, Dig., *quæ in fraud. credit.*

tion de savoir si la dot est constituée à titre onéreux ou à titre gratuit.

Au surplus, tout ce qui s'induit, à cet égard, de l'article 204, c'est que la nécessité de doter n'est plus pour les parents une obligation civile produisant une action pour en contraindre l'obligation. Mais cela suffirait-il pour déterminer ce caractère purement gratuit dont parle Dalloz? Nous ne le pensons pas, car celui qui accomplit en donnant une obligation naturelle remplit un véritable devoir et ne peut être considéré comme uniquement libéral. Or, que pour les parents, la constitution de dot soit une obligation naturelle, c'est ce que tout le monde reconnaît; Troplong n'hésite pas même à enseigner que la dot tient plus de la vente que de la donation [1].

Dans tous les cas, l'article 204 n'arriverait jamais qu'à cette conséquence, à savoir : que le constituant, la dot n'étant pas obligatoire, fait en la donnant une libéralité; mais pour que la libéralité soit atteinte par la fraude de son auteur exclusivement, il faut que celui qui l'a reçue l'ait acceptée à titre purement lucratif. Si, par rapport à celui-ci, la libéralité prend un caractère onéreux, elle ne pourra être révoquée que par la preuve de sa complicité dans la fraude du constituant.

Cette divisibilité d'aspect de la dot, dans ses rapports avec les différentes parties concourant au contrat, n'est contestée par personne. Elle a toujours été consacrée par la législation. C'est même ce qui est aujourd'hui encore pratiqué vis-à-vis du gendre. L'article 204, qui l'autorise pour celui-ci, l'a-t-il prohibé à l'égard de la fille? Telle était l'unique difficulté qui s'offrit à la cour de cassation, et que cette cour a résolue par la négative, sur les motifs suivants :

« Attendu que le principe écrit dans l'article 1167, qui permet aux créanciers d'attaquer les actes faits en fraude de leurs droits, ne reçoit une saine application qu'au moyen de la distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats de pure libéralité; que c'est ainsi que les contrats de la première espèce ne sont nuls, pour cause de fraude, qu'à l'égard des parties qui ont pratiqué la fraude ou qui y ont participé; que l'article 1540 du Code civil déclare que, quel que soit le régime adopté par les époux, la dot a pour destination essentielle de pourvoir aux charges de l'union conjugale; qu'ainsi l'acte qui constitue la dot n'est pas de pure bienfaisance, mais participe des contrats onéreux à l'égard de chacun des époux; que, sous ce rapport, il y a un caractère particulier qui doit même le faire distinguer de tous les actes de libéralité contenant des conditions onéreuses; qu'en effet, le contrat de mariage est un pacte de famille immuable de sa nature, conclu en vue d'assurer les moyens d'existence de la famille nouvelle et l'accomplissement de toutes les obligations qui pèsent sur l'un et l'autre des époux. »

Pourquoi ces considérations, reconnues justes et décisives lorsqu'elles sont invoquées en faveur du gendre, n'auraient-elles pas ce caractère au vis-à-vis de la fille? Parce que l'obligation de restituer ne sera imposée à cette dernière qu'à la dissolution du mariage? Mais est-ce que cette dissolution entraînera avec elle toutes les charges du mariage? Est-ce que notamment la veuve ne sera pas obligée de nourrir sa famille, obligation que la mort du mari, loin de l'alléger, aggravera singulièrement en privant le ménage des ressources que son industrie lui assurait?

En vérité, rien ne justifie la différence que le droit romain avait consacrée, et qu'on veut, sous l'égide de ses dispositions, perpétuer dans notre législation entre le gendre et la fille. Si la dot est reçue à titre onéreux par l'un, il ne saurait en être autrement pour l'autre, avec d'autant plus de raisons que les parents, en la constituant, se rachètent de l'obligation de nourrir, d'entretenir leur fille, de pourvoir à tous ses besoins.

1474. — Au reste, la cour de cassation ne s'est pas laissé détourner de la voie toute juridique dans laquelle elle est entrée. Elle a persisté dans sa jurisprudence toutes les fois que l'occasion s'en est offerte [2]. Elle a de plus jugé, le 14 mars 1848, que la donation en faveur du mariage, telle que celle que reçoit de son père le fils qui se marie, est assimilée à la dot, et constitue un contrat à titre onéreux qui ne peut tomber sous l'action des créanciers du donateur, en fraude desquels la donation a été consentie, qu'autant que les deux époux ont participé à cette fraude [3].

Cette opinion de la cour régulatrice, en appelant l'attention sur une question que les auteurs ont jusqu'ici résolue plutôt que discutée, doit amener l'abandon des principes que l'application de la loi romaine avait fait généralement adopter, et dont la rigueur envers la fille conduit à des conséquences irrationnelles.

[1] *Contrat de mariage*, art. 1389, n° 130.

[2] Cass., 2 mars 1847; 24 mai 1848; D. P., 47, 1, 129; 48, 1, 172. *Vid.* Riom, 27 mars 1849; J. D. P., 1, 1850, p. 586.

[3] D. P., 48, 1, 66; *vide infrà*, n° 1476.

1475. — En résumé, la donation faite en vue du mariage a toujours, vis-à-vis des deux époux, un caractère onéreux. Elle est, par rapport à eux, indivisible en ce sens que, pour la faire révoquer comme faite en fraude de leurs droits, les créanciers doivent prouver la mauvaise foi de l'un et de l'autre. La bonne foi de l'un des deux suffit pour faire repousser la demande, et fait irrévocablement maintenir la destination affectée à la donation, à savoir : le support des charges du mariage, l'entretien des époux, celui des enfants nés et à naître.

1476. — Mais pour que la donation soit réellement faite en vue du mariage, il faut d'abord qu'elle résulte du contrat même. Celle faite en dehors du contrat ne pourrait revendiquer aucune des immunités assurées à la première.

Ainsi, la cour de cassation a jugé que la donation faite en vue du mariage, mais en dehors du contrat de mariage, et sous l'apparence d'actes à titre onéreux, tels que des billets à ordre souscrits par le donateur, ne peut être protégée par les principes régissant les constitutions dotales, et, par conséquent, doit être annulée nonobstant la bonne foi du donataire, si elle a été faite en fraude des droits des créanciers du donateur [1].

Il faut de plus que les objets donnés l'aient été par le donateur au moment même du mariage. S'ils avaient été donnés ou recueillis avant le mariage, et que le donataire se les fût plus tard constitués en dot, la donation reçue avant, à titre gratuit, ne changerait pas de caractère, et la bonne foi du donataire ne ferait aucun obstacle à la révocation des créanciers, en fraude des droits desquels la donation a été réalisée.

C'est encore ce que la cour de cassation a formellement consacré en jugeant, le 6 juin 1849, que la fille qui aurait reçu ou recueilli des biens dans la succession de ses père et mère, ne saurait soustraire ses biens aux créanciers de ceux-ci, en se les constituant ultérieurement en dot; qu'en conséquence, les biens ainsi donnés ou recueillis restent soumis à l'action révocatoire [2].

Le même arrêt décide cependant que la révocation n'atteint que les biens demeurés libres entre les mains du donataire. Quant à ceux faisant l'objet de la constitution de dot, comme la jouissance en a été transférée au mari, la bonne foi de celui-ci les place hors de toute atteinte pendant toute la durée de cette jouissance. Mais celle-ci trouvant son terme naturel dans la dissolution du mariage, les droits des créanciers, suspendus jusque-là, reprennent à cette époque toute leur force, et la révocation exercée sur les biens non constitués peut atteindre désormais ceux qui l'avaient été.

1477. — A son tour le mari peut trouver dans les stipulations du contrat de mariage le moyen de frauder ses propres créanciers. Ce moyen consiste soit à reconnaître à sa femme une dot qu'elle n'a pas fournie, soit à quittancer, comme reçue, celle que l'épouse a promise, mais qu'elle n'a pas réellement payée.

Dans l'un comme dans l'autre cas, le mari consent une véritable libéralité. Il crée un privilége en faveur de la femme, non pas tant contre les créanciers inscrits au moment du mariage, que contre les créanciers chirographaires et ceux qui pourront plus tard s'inscrire. Ce qui est certain, c'est que les uns et les autres pourront demander la révocation de la quittance, comme faite en fraude de leurs droits.

Leur action est recevable, quelles que soient les expressions du contrat de mariage, et alors même qu'il mentionnerait la réelle numération. Le contraire peut être prouvé par témoins et par présomptions, dont l'efficacité est dans ce cas, comme dans tous les autres, laissée à l'appréciation souveraine du juge. Il est néanmoins certain que la condition de l'épouse, sa position de fortune, celle de ses parents, le chiffre de la dot, etc., seront de nature à exercer une grave influence sur la décision du litige.

1478. — La quittance de la dot que le mari donne pendant le mariage peut être également attaquée comme faite en fraude des droits des tiers. Cette fraude a même contre les créanciers un effet plus énergique que la quittance donnée dans le contrat. L'hypothèque de la femme remontant à la date de celui-ci, la reconnaissance frauduleuse du payement de la dot ferait préférer cette hypothèque à toutes celles des créanciers ayant réellement prêté dans l'intervalle du contrat au prétendu payement.

Ils sont donc recevables à en poursuivre l'annulation, et ils devront dans certains cas l'obtenir facilement. La quittance frauduleusement donnée par le mari constitue une libéralité qui lui profite à lui-même, du moins tant que dure le mariage. Pour peu donc qu'il fût obéré, menacé ou poursuivi par les créanciers au moment où il la concède, on serait porté à admettre son défaut de sincérité et à la considérer comme une fraude, dans le but de se soustraire au paye-

[1] Cass., 3 mars 1847; D. P., 47, 1, 130.

[2] D. P., 49, 1, 325.

ment de ce qui est dû légitimement aux créanciers.

1479. — En serait-il de même des héritiers du mari ? Pourraient-ils demander la nullité de la quittance de la dot sous prétexte de simulation, et s'exonérer ainsi de l'obligation de la restituer ?

Certes, cette prétention ne manque pas de la condition essentielle à toute action juridique, à savoir : l'intérêt. Celui des héritiers poursuivis en restitution de la dot serait incontestable. Sous ce rapport donc rien ne s'opposerait à la recevabilité de leur exception.

Mais il en serait tout autrement sous le rapport de la qualité. En thèse ordinaire, les héritiers sont les ayants cause de leur auteur, et ne peuvent intenter que les actions que celui-ci aurait pu intenter lui-même. Or le mari, auteur de la quittance simulée, ne pouvant exciper de cette simulation, ni se faire relever des engagements en résultant, ses héritiers personnels ne le pourront pas davantage.

1480. — Ce point de doctrine était incontestable sous notre ancien droit. La Touloubre, sur Duperier [1], enseigne que : « Ces sortes de « reconnaissances passées par le mari en faveur « de sa femme ne peuvent être débattues ni par « lui, ni par ses héritiers, comme l'observe le « président Faber, Cod., *de dot. caut. non nu-* « *merat.* A l'égard des héritiers, elle doit valoir « *saltem jure donationis, morte confirmatæ.* »

Dunod professe la même opinion; après avoir rappelé que les quittances de la dot doivent être reçues par un notaire, en présence de deux témoins, et qu'il doit en être gardé minute, sous peine de dommages-intérêts et d'amende arbitraire, il ajoute :

« Cette règle a été faite pour éviter les fraudes « qui pourraient se commettre de cette ma- « nière, en supposant des payements qui n'au- « raient pas été faits, mais il n'y a que les tiers « intéressés qui soient en droit de se prévaloir « de sa disposition. Des quittances sous signa- « ture privée prouveraient pour la femme, ses « héritiers, ses père et mère ou autres débiteurs « de la dot, contre le mari qui les aurait faites « et contre ses héritiers [2]. »

1481. — Ce principe n'a pu être douteux que sous l'empire de législations prohibant les donations entre époux. Partout au contraire où ces donations étaient admises, il fallait bien reconnaître qu'elles pouvaient être, même indirectement, réalisées, et tel est le caractère qu'on ne pouvait refuser d'assigner à ces reconnaissances ou quittances de dot.

Mais la conséquence de ce caractère amenait forcément une dérogation au principe que nous venons d'indiquer, lorsqu'il était évident que le mari n'avait pas voulu faire une libéralité. Puisque c'est comme donation, non révoquée du vivant de son auteur, que la quittance simulée de la dot est maintenue, faut-il bien au moins que l'intention du mari d'agir dans ce sens soit au préalable incontestablement acquise. C'est ce qu'on ne pourrait admettre dans le cas où la quittance, nécessitée par des arrangements de famille, n'a été concédée par le mari qu'à la condition que les sommes qui en font l'objet lui seraient ultérieurement payées, *sub spe futuræ numerationis.* Il est alors certain que le mari n'a pas entendu donner, et ses héritiers pourraient faire annuler la quittance, parce qu'il aurait pu le faire lui-même.

Mais la preuve, dans cette hypothèse, ne peut être faite que par écrit, et notamment par la représentation de la contre-lettre donnant à la quittance le caractère indiqué. L'absence de cette contre-lettre ou de toute autre preuve écrite laissant la quittance en présence d'une contradiction purement verbale, on ne pourrait lui faire perdre ce caractère de libéralité s'attachant à son existence même.

1482. — Il est une autre exception plus péremptoire, lorsque, par exemple, la reconnaissance ou la quittance simulée de la dot constituerait une donation excédant la quotité disponible. Jusqu'à concurrence de leur réserve, les héritiers légitimes ne sont plus les ayants cause de leur auteur, ils agissent en vertu d'un droit propre et personnel, et l'exercice de ce droit ne saurait être modifié ou gêné par aucune disposition contraire.

Conséquemment, ce qu'ils pourraient faire contre les libéralités directes ne saurait leur être refusé dans le cas d'une libéralité indirecte. Ils seront donc recevables, dans notre hypothèse, à prouver, même par témoins, que la reconnaissance ou que la quittance de la dot n'est en réalité qu'une donation déguisée.

Cette preuve rapportée, cette donation n'est pas nulle, elle est seulement réductible à la quotité disponible; pour tout ce qui excède celle-ci, les réservataires n'étant que les ayants cause du donateur, la nullité intégrale pourrait cependant être prononcée, si des libéralités précédentes avaient déjà absorbé tout ce dont il était permis

[1] T. III, liv. IV, quest. 8.

[2] *Des Prescript.*, § 2, chap. VIII, p. 180.

de disposer, ou bien encore si les parties se trouvaient dans le cas de l'article 1099 du Code civil.

1483. — Les fraudes que le mariage peut offrir dans son origine ne sont rien auprès de celles que la dissolution peut entraîner, soit que cette dissolution s'opère par la séparation de biens, soit qu'elle résulte de la mort de l'un des époux.

La séparation de biens se réalise toujours dans un moment critique pour les tiers. Sa condition la plus essentielle, c'est l'imminence de la déconfiture et de la ruine du mari. C'est donc au moment où pressé par ses créanciers, et ne pouvant satisfaire à ses engagements, il peut entrevoir la misère qui l'attend, qu'il est chargé de régler avec sa femme de la restitution de ce qui lui est dû. Comment pourrait-on supposer que ce règlement ne se ressentira pas de cette position, et que le débiteur ne cherchera pas à s'avantager lui-même en favorisant celle qui va désormais fournir à leurs besoins communs?

Les créanciers ont donc à redouter une double fraude. L'admission de créances et de droits imaginaires en faveur de la femme; évaluation frauduleuse des biens qui vont lui être donnés en payement. Ajoutons qu'il est une autre fraude pouvant également se réaliser, à savoir : la simulation d'une insolvabilité dans le but de faire prononcer la séparation et de diminuer le gage des créanciers, en transférant à la femme des biens jusque-là soumis à leurs exécutions.

1484. — D'autre fois, la séparation de biens offrira des dangers réels pour la femme elle-même. Irrité de sa démarche et obéissant à un esprit de vengeance et de haine, le mari s'empressera de faire disparaître les ressources qui lui restent, soit par des aliénations, soit par des obligations contractées en fraude de ses droits.

L'imminence du péril, dans un sens comme dans l'autre, a fait dans tous les cas autoriser les moyens les plus énergiques pour prévenir la fraude ou pour la réprimer.

1485. — Ainsi, et relativement à la femme, l'article 869 du Code de procédure civile lui permet de se livrer à tous les actes conservatoires qu'elle juge utile à ses intérêts. Sous cette dénomination générique, cet article comprend toutes mesures tendant à lui conserver les droits dont elle entrera en jouissance après le jugement, et qui lui sont acquis par le fait seul de la demande. On sait effectivement que, quelle que soit l'époque de sa prononciation, les effets du jugement remontent de plein droit au jour de la demande elle-même.

La femme pourra donc, sans attendre cette prononciation, saisir-arrêter, entre les mains des débiteurs, les sommes dues au mari; saisir-gager les meubles garnissant la maison conjugale; arrêter même les effets déjà aliénés par le mari, et dont l'acheteur ne serait pas encore en possession [1].

Ce sont là tout autant de droits dont l'exercice exige l'exigibilité de la dette pour la sûreté de laquelle il est poursuivi. Or la femme ne peut avoir de créance exigible qu'en tant qu'elle fera prononcer la séparation de biens. Mais, nous venons de le dire, l'effet du jugement remonte au jour de la demande; il sera donc vrai que, lorsque les saisies ont été faites, la femme avait qualité pour les opérer. Il était donc juste de subordonner leur validité à l'événement de la séparation.

Par l'effet de la séparation, la femme commune en biens reprendra l'administration et la jouissance de ses propres, dont les revenus ont été jusque-là acquis à la communauté. Elle peut donc, pour assurer ce résultat, saisir-arrêter les fermages avant que la séparation ait été prononcée. Cette saisie-arrêt doit être maintenue si elle paraît fondée sur des moyens sérieux et plausibles, comme si le mari n'offre aucune solvabilité. Mais la femme, même après la séparation, étant obligée de contribuer aux dépenses du ménage, la saisie-arrêt pourrait n'être maintenue que pour la quote-part excédant sa contribution [2].

1486. — Du texte de l'article 869 ainsi interprété, il semble, dit Adolphe Chauveau [3], qu'on doit conclure *a fortiori* que la femme a le droit de faire apposer les scellés sur les effets de la communauté. C'est ce qui a d'ailleurs été consacré par un arrêt de la cour de Rennes, du 22 juillet 1814.

C'est aussi ce que Toullier admet, mais il ajoute que le mari peut obtenir la levée des scellés, en consentant à faire faire inventaire avec prisée, contradictoirement avec sa femme, à la charge par lui de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

Cette règle prescrite dans le cas de divorce, par l'article 270 du Code civil, pouvait souvent dans cette hypothèse être suivie sans danger, car

[1] Toullier, t. XIII, nos 58 et suiv.; Limoges, 7 mars 1823.

[2] Caen, 16 mars 1825.

[3] Sur Carré, art. 869, quest. 2939.

le divorce n'exigeait pas l'insolvabilité du mari, et sa responsabilité se trouvant engagée était de nature à assurer les droits de sa femme. On pourrait donc la suivre encore dans le cas de séparation de corps. Mais elle nous paraît devoir subir une modification dans l'hypothèse d'une simple séparation de biens. La déconfiture du mari, qui en est la condition essentielle, ne permet pas de reconnaître une valeur quelconque à sa responsabilité, et lui confier, sans autre garantie, les effets de la communauté, serait bien souvent lui permettre de les dissiper au préjudice de sa femme.

Il nous semble donc que dans ce cas le mari devrait être soumis à donner caution jusqu'à concurrence au moins de la portion afférant à la femme. L'obligation de donner caution a été, nous le savons, contestée. Le mari, a-t-on dit, reste pendant l'instance maître et administrateur de la communauté. Mais les motifs qui font maintenir les saisies-arrêts ou gageries repoussent cette objection. La séparation obtenue, le mari n'est plus le maître de la communauté à partir de la demande. On peut donc, en attendant la solution définitive, exiger une caution pour la sûreté des droits éventuels de la femme. Dans tous les cas, la femme pourrait suppléer au cautionnement qu'on lui refuserait par une saisie conservatoire.

1487. — Tous ces droits que la femme est admise à exercer sont, il ne faut pas se le dissimuler, des actes extrêmement graves à l'encontre du mari pouvant en éprouver un notable préjudice. Ils peuvent, en effet, par la gêne qu'ils susciteront à son administration, convertir en ruine complète, des embarras qu'il lui eût été, sans cela, possible de surmonter. Il était donc sage, en vue de cette prévision, de ne pas s'en rapporter exclusivement à la femme, et de soumettre son initiative à une autorisation préalable.

C'est au président du tribunal civil que cette autorisation doit être demandée. Seul chargé d'autoriser la poursuite en séparation de biens, il est seul chargé de juger l'opportunité des mesures conservatoires sollicitées par la femme. Mais il y a entre ces deux actes du président cette différence essentielle que, ne pouvant seul apprécier le mérite foncier de la demande en séparation de biens, ce magistrat ne peut se refuser à donner l'autorisation d'en poursuivre l'obtention [1]. Il n'en est pas ainsi pour l'exercice des mesures conservatoires; il peut toujours refuser d'y faire droit; il le doit même si l'insolvabilité du mari n'étant pas notoire et en quelque sorte dès à présent acquise, le danger signalé par la femme n'existe réellement pas.

1488. — Mais la requête de la femme, à ce sujet, n'a pas besoin d'être communiquée au mari. Aucune loi n'impose à la femme la nécessité de faire prononcer sur l'urgence des mesures qu'elle réclame, contradictoirement avec son mari [2]. Le contraire eût été irrationnel. En effet, les actes dont parle l'article 869, étant par leur nature même hostiles au mari, ne peuvent avoir d'efficacité qu'autant qu'ils interviennent à son insu, et avant qu'il soit averti. L'obligation de les lui dénoncer et de l'appeler pour en discuter l'utilité ne pouvait avoir qu'un seul résultat, à savoir : de l'engager à mettre le temps à profit en réalisant, avant toute décision, les fraudes que ces actes ont pour but de prévenir.

1489. — Par une juste réciprocité, l'autorisation du président n'a rien de définitif pour le mari. Il peut toujours, avant le jugement de la séparation, se pourvoir devant le tribunal, à l'effet d'obtenir soit la mainlevée des oppositions qui généraient, sans nécessité, l'administration et la gestion de ses biens, soit leur réduction à concurrence des droits devant revenir à la femme.

1490. — La séparation de corps entraîne forcément la séparation de biens. Demander l'une c'est demander l'autre, et dès lors acquérir la faculté de requérir toutes les mesures conservatoires autorisées par l'article 869 du Code de procédure civile.

On avait d'abord soutenu que la femme, demanderesse en séparation de corps, était exclusivement régie par la disposition de l'article 270 du Code civil; qu'elle n'avait dès lors que la faculté de faire apposer les scellés sur les meubles et effets de la communauté. Mais cette restriction a été abandonnée et devait l'être. Il est évident, en effet, qu'on ne pouvait se relâcher des précautions autorisées, au moment même où le danger qu'elles ont pour but de prévenir est plus réel et plus imminent. Or, c'est ce qui se réalise dans le cas de poursuite en séparation de corps, très-propre à susciter l'irritation et la haine dans le cœur du mari. De ces sentiments à l'idée d'une vengeance par l'aliénation frauduleuse de l'actif, il n'y a pas bien loin.

C'est ce que la loi a compris lorsqu'elle déclare, dans l'article 271 du Code civil, que toute obligation contractée par le mari à la charge de

[1] Lyon, 22 mars 1836.

[2] Rennes, 22 juillet 1818.

la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles en dépendant, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

Ainsi, dès que la poursuite en séparation de corps a réellement commencé, tout ce que fait le mari est suspect, et la fraude est présumée contre lui dès qu'il peut en résulter un préjudice pour la femme. Nous devons remarquer, en effet, que si la preuve de la fraude est exigée par l'article 241, cette exigence ne concerne que les tiers ayant traité avec le mari. Ceux-ci pouvant être de très-bonne foi, il eût été injuste d'annuler l'acte à leur égard. Mais, par rapport au mari, nous le répétons, l'acte est légalement réputé frauduleux, par cela seul qu'il est postérieur à l'ordonnance dont parle l'article 238. Cependant cette présomption n'exclut pas la preuve contraire.

1491. — La séparation de biens n'est pas soumise, lorsqu'elle n'est qu'un accessoire de la séparation de corps, à la publicité rigoureusement prescrite pour la séparation de biens pure et simple. Ce qui justifie cette différence, c'est que l'une prête moins au soupçon de fraude que la dernière. Elle ne peut d'ailleurs être prononcée que sur la preuve des sévices, injures et violences, preuve que les tribunaux exigeront alors même que le mari ne se défendrait pas. Or, il n'est pas probable que ces excès aient été simulés à l'effet d'arriver à une séparation de biens, à travers une séparation de corps laissant toujours des traces fâcheuses contre l'un des époux.

Mais cette différence n'existe que dans et pour la poursuite, car le jugement rendu, prononçant la séparation de biens, doit avoir la même publicité. Néanmoins il ne serait pas nul s'il n'avait pas été exécuté dans la quinzaine [1].

1492. — L'action de la femme en séparation de biens, très-favorable sans doute lorsque la nécessité de sauver son patrimoine et de se conserver quelques ressources pour elle et pour sa famille en est le seul, le véritable motif, est une de celles dont on a le plus abusé, et que la fraude a exploitée jusqu'au scandale. Nous en trouvons la preuve dans les débats législatifs qui s'élevèrent à son occasion, dans les efforts qu'on fit pour remédier à un mal que l'expérience venait si énergiquement signaler.

[1] Bordeaux, 4 fév. 1811; Delvincourt, v. II, p. 3.

[2] Procès-verbal du 13 vendémiaire an XII; Locré, t. XIII, p. 200.

1493. — On avait d'abord songé, dans l'intérêt des créanciers, à les rendre partie dans l'instance, en obligeant la femme à les appeler tous, ou tout au moins ceux qui s'étaient livrés à des poursuites. Le premier de ces moyens fut repoussé non pas seulement à cause de l'impossibilité où pouvait être la femme de connaître tous les créanciers, mais encore par la multiplicité des incidents qui pouvaient en naître, et des frais immenses qu'il occasionnerait.

Le second ne remédie à rien, disait Treilhard. On veut prévenir le concert des deux époux? Mais si ce concert existe, ils ne manqueront pas d'avoir à leur disposition quelques créanciers supposés, par lesquels ils feront entamer des poursuites, afin que la femme en les appelant paraisse remplir la condition imposée à la séparation, et elle alléguera ensuite qu'elle n'a pas connu les autres créanciers, qui seront les seuls véritables [2].

On convint donc qu'il fallait recourir à d'autres moyens pour sauvegarder les intérêts des créanciers, tout en les conciliant avec ce que la position de la femme exigeait. Ce qu'il fallait, c'était une instance publique dans toutes ses phases, dans laquelle les créanciers, sans qu'il fût besoin de les appeler, pussent intervenir pour la conservation de leurs droits, indépendamment du droit d'attaquer le jugement rendu sans leur concours. C'est ce résultat qu'on a voulu consacrer en prescrivant : 1° la publicité de la demande; 2° les conditions pour son admission et l'époque à laquelle il pourrait y être statué; 3° la publicité du jugement; 4° son exécution dans un délai déterminé.

1494. — 1° Publicité de la demande :

La demande en séparation de biens doit être intentée contre le mari seul. Nous venons de voir que l'obligation d'y appeler les créanciers fut repoussée. Cette obligation n'existe que dans le cas de faillite. Mais, dans cette hypothèse même, les syndics sont appelés plutôt comme exerçant les actions du mari que comme les représentants des créanciers.

Les articles 866, 867, 868 du Code de procédure civile règlent les formalités à suivre pour donner à la demande le plus de notoriété possible. Cette publicité a pour but de mettre tous les créanciers à même de surveiller leurs droits, d'intervenir même dans l'instance pour empêcher toute collusion dommageable pour eux.

1495. — On avait eu un instant la pensée de soutenir que les créanciers intervenants ne pouvaient contester la séparation, que leur droit se bornait à assurer l'exactitude de la liquida-

tion. Mais cette opinion est universellement abandonnée. La séparation préjudicie aux créanciers en ce sens qu'elle enlève à leurs exécutions la partie de l'actif qui sera transférée à la femme. La nécessité de ce transfert résulte de l'admission de la séparation en principe. On ne saurait donc contester aux créanciers la faculté de s'opposer à celle-ci, dès qu'ils ont intérêt à en récuser les conséquences.

D'ailleurs, la publicité ordonnée a surtout pour objet d'éclairer la justice sur l'opportunité de la séparation et la réalité de ses griefs. Cette séparation pourrait n'être que le résultat d'un concert frauduleux entre les époux; l'insolvabilité du mari pourrait n'être qu'une simulation. C'est précisément contre cette éventualité que la loi a entendu se prémunir. Réduire les créanciers à l'impuissance de prouver l'une et l'autre, c'était donc méconnaître la pensée et l'intention formelle du législateur.

Cette pensée et cette intention se manifestent d'ailleurs nettement dans la disposition de l'article 871. Les créanciers peuvent, jusqu'au jugement définitif, requérir communication de la demande en séparation et des pièces justificatives. Les pièces justificatives de la demande en séparation ne peuvent être que les documents établissant l'insolvabilité du mari. Conséquemment, si la loi entend les soumettre à l'examen des créanciers, c'est qu'elle leur reconnaît le droit de les débattre, d'en contester la sincérité et d'empêcher la séparation en les faisant rejeter du procès.

1496. — Les formalités exigées par les articles 866, 867, 868, le sont à peine de nullité. Leur violation est, aux yeux de la loi, la preuve de la collusion et de la fraude, et cette présomption n'admet aucune preuve contraire. Cette nullité peut être invoquée par les créanciers, par le mari lui-même. Il n'y a que la femme qui ne puisse jamais s'en prévaloir.

1497. — 2° Conditions pour l'admission de la demande, époque du jugement.

La publicité prescrite eût été une vaine garantie, si la femme avait pu requérir jugement immédiatement après l'accomplissement des formalités exigées. Puisqu'on appelait en quelque sorte les créanciers à intervenir, il fallait bien leur accorder le temps moral pour réaliser leur intervention. C'est dans ce sens que l'article 869 dispose que le jugement sur la séparation ne pourra être rendu qu'un mois après l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Mais ce délai est uniforme pour tous les créanciers, sans avoir égard à la distance de leur domicile respectif. Agir autrement, c'était perpétuer l'instance et mettre la femme dans l'impossibilité d'user utilement de son droit. Ne connaissant pas tous les créanciers, elle n'aurait pu apprécier avec certitude le moment où il lui serait enfin permis de requérir jugement.

D'ailleurs les créanciers ne sont pas parties nécessaires. Ils peuvent intervenir; et, quel que soit leur éloignement, un mois est un délai suffisant, surtout après la publicité que reçoit la demande, pour les mettre à même de réaliser leur intervention.

1498. — Le délai exigé par l'article 869 est prescrit à peine de nullité. Ainsi le jugement rendu avant l'expiration du mois est frappé d'une nullité radicale. Cet effet est surtout dans l'intérêt des créanciers et du mari [1]. Eux seuls sont donc recevables à s'en prévaloir. La femme ne serait pas admise à l'invoquer. Outre qu'elle exciperait de sa propre faute, ce serait l'autoriser à se ménager le moyen d'annuler la séparation, en enfreignant à dessein les formes qu'elle doit religieusement observer.

1499. — Les conditions mises par la loi au jugement de séparation se résument toutes dans l'obligation pour la femme de prouver que sa demande est fondée, c'est-à-dire que sa dot est réellement en péril, et que le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que ses biens ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme [2].

Cette obligation est rigoureusement prescrite, et les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle soit strictement accomplie. La volonté du législateur se manifeste à cet égard avec le plus vif éclat par l'article 870 du Code de procédure civile, aux termes duquel, en l'absence même de tout créancier, l'aveu du mari ne fera pas preuve des faits allégués par la femme. Cet aveu pourrait et devrait, dans ce cas, être considéré, soit comme une simulation déguisant une séparation volontaire proscrite par la loi, soit comme une voie détournée pour avantager la femme au préjudice des enfants ou héritiers qu'on tenterait ainsi de dépouiller.

1500. — La femme est donc tenue, dans tous les cas, de prouver les faits servant de fondement à la séparation de biens. Cette preuve résulterait de celle de l'existence de dettes consi-

[1] Thomine Desmazure, t. II, p. 474; Chauveau, sur Carré, art. 869.

[2] Art. 1443 du Code civil.

dérables à la charge du mari, des actes d'exécution mobilière ou immobilière qui en seraient résultés ; de l'impossibilité où se trouverait le mari de pourvoir aux besoins du ménage, comme si ses revenus avaient été saisis, ou que des aliénations successivement consenties en eussent tari les sources ; enfin de la preuve testimoniale que la femme est toujours recevable à fournir.

1501. — Il ne saurait même exister aucun doute sur le droit des tribunaux d'ordonner d'office cette dernière, toutes les fois que les éléments soumis à leur appréciation ne sont pas suffisants pour former leur conviction. Il est de la prudence et de la sagesse des magistrats, avant de sanctionner une mesure définitive, dans un sens ou dans l'autre, d'épuiser tous les moyens susceptibles d'éclairer leur religion et de donner à leur décision le plus de certitude possible. Seulement le jugement qu'ils rendraient dans cette hypothèse devrait coter les faits sur lesquels ils entendent faire porter l'enquête [1].

Le mois étant expiré et la preuve étant fournie, la séparation peut et doit être prononcée.

1502. — 3° Publicité du jugement.

Les formalités parcourues jusqu'ici ont pour objet d'amener l'intervention des créanciers. Ce droit est évidemment perdu, dès que la demande est consacrée par un jugement. Reste la faculté pour les créanciers de former tierce opposition au jugement. Non moins jaloux de favoriser celle-ci que l'intervention elle-même, le législateur a voulu que l'existence du jugement fût rendue notoire et publique de la même manière qu'il prescrivait naguère la publicité de la demande.

1503. — Les formes de la publicité du jugement sont réglées par l'article 872 du Code de procédure civile, dont les prescriptions doivent être rigoureusement exécutées sous peine de nullité.

Ce qui a pu rendre l'admission de cette peine douteuse, c'est le silence gardé à cet égard par l'article 872. On a pu, dès lors, dire que les nullités ne se suppléant pas, on ne saurait accueillir, dans notre hypothèse, celle sur laquelle le législateur garde le silence. Mais le doute est complétement dissipé, en ce qui concerne l'article 872, par l'article 1445 du Code civil; celui-ci en effet dispose : Que toute séparation de biens doit être rendue publique avant son exécution, à peine de nullité. Il est vrai que le mode de publicité exigé par l'article 1445 est moins étendu que celui ordonné par l'article 872. Mais ce mode n'a rien de limitatif, il est purement énonciatif, et si le législateur n'a pas achevé sa pensée, c'est que, ainsi que cela résulte de la discussion, il a voulu se borner, dans le Code civil, à poser les principes dont il renvoie les développements au Code de procédure.

L'article 872 n'est que la conséquence et la réalisation de cette intention. Il y a donc entre lui et l'article 1445 la relation intime existant entre un principe et ses déductions. Toutes ces dispositions se relient donc nécessairement à celle de cet article, et se placent naturellement sous l'empire de la sanction pénale qui y est édictée. C'est ainsi que l'a admis la jurisprudence [2].

C'est d'ailleurs ce que prouvent ces derniers mots de l'article 872 : *La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies.* Or si, d'une part, le jugement doit être exécuté dans la quinzaine, sous peine de nullité ; si, d'autre part, cette exécution n'est régulièrement commencée qu'après l'accomplissement des formalités, il est évident que, ne pas se livrer à cet accomplissement, c'est déterminer l'annulation du jugement.

1504. — 4° Exécution du jugement.

La séparation de biens ne doit pas être une simple précaution, qu'on se réserve d'exécuter dans une occasion favorable et qu'on puisse aussi opposer ou non aux créanciers. Si les affaires du mari, dit Delvincourt, sont réellement en désordre, la femme doit se hâter de faire exécuter le jugement, autrement le désordre n'est qu'apparent [3].

Il importe d'ailleurs que la division d'intérêts, qui doit en résulter, soit au plus tôt exécutée. Il ne faudrait pas que le mari pût tromper ceux avec qui il pourra ultérieurement traiter, par la possession et la jouissance d'un patrimoine qui n'auraient que l'apparence, et qu'il pourrait, de concert avec sa femme, faire bientôt évanouir.

L'absence d'exécution du jugement est donc une présomption de collusion, entre les deux époux, de fraude contre les tiers. A ce double titre, on ne pouvait que tourner l'une et l'autre contre leurs auteurs, en annulant le jugement dont ils ont voulu ainsi abuser.

De là la disposition de l'article 1444, suivant laquelle la séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a pas été exécutée par le payement réel des droits et reprises

[1] Nancy, 24 mai 1827.

[2] Voy. les nombreux arrêts cités par Chauveau, sur Carré, art. 872, quest. 2946 2°.

[3] T. III, p. 110, note 6.

de la femme, effectué par acte authentique jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement et non interrompues depuis.

1505. — Ainsi le délai de rigueur pour l'exécution est de quinzaine. Dans cet intervalle, la femme doit être payée; cependant comme la résistance du mari, ou des circonstances nées de sa position elle-même, peuvent rendre ce payement impossible, la loi consent à considérer comme équipollent les poursuites commencées par la femme avant l'expiration de ce délai, à la seule condition qu'elles n'aient pas été interrompues.

1506. — La nécessité d'agir dans la quinzaine, ainsi que le veut l'article 1444 du Code civil, a été d'abord controversée. On a soutenu que l'article 872 du Code de procédure civile avait abrogé le premier, et l'on faisait résulter cette abrogation de ces termes : *Sans que néanmoins il fût nécessaire d'attendre l'expiration du délai d'un an.* Or, de cela que l'exécution peut être faite avant la fin de l'année, il n'en résulte pas, disait-on, qu'elle dût avoir lieu dans tel autre délai déterminé. Il semble au contraire qu'il faut en induire qu'on pourra ne la réaliser qu'après son expiration.

Mais le contraire a été depuis universellement admis par la doctrine et la jurisprudence. Cette admission rend toute discussion oiseuse; nous nous contenterons donc de nous en référer aux motifs des arrêts rendus par la cour de cassation et à l'opinion des auteurs qui ont écrit sur le Code de procédure [1].

Ainsi l'exécution par le payement réel, ou par le commencement des poursuites, doit avoir lieu dans la quinzaine du jugement; ce délai court du jour de la prononciation. Il est visible que si on l'avait fait dépendre de la signification, la femme pourrait le prolonger à son gré, en retardant cette signification tant qu'elle le jugerait utile à ses intérêts et à ceux de son mari. On retombait donc dans l'inconvénient que la prompte exécution a pour objet de prévenir.

1507. — Par une conséquence de cette règle, on a exigé que l'exécution, même volontaire, fût constatée par acte authentique. Cependant cet acte pourrait être utilement remplacé par tout autre acte ayant date certaine. Le but de la loi étant d'enlever toute incertitude sur le moment de l'exécution, toute chance de fraude dans la date, est aussi bien rempli par le second que par le premier.

1508. — Si l'exécution consiste dans le payement, elle n'est valable que par un payement réel et intégral. Comme la loi ne pouvait d'ailleurs vouloir l'impossible, elle considère comme payement intégral celui qui, quoique partiel, absorberait toutes les ressources du mari. Or, on ne considère comme tel que celui qui se réalise *jusqu'à concurrence des biens* du mari, sans distinction de meubles ou d'immeubles. Ainsi, la femme qui, sachant que le mari possède des immeubles, aurait négligé de se faire payer, et se serait contentée de la cession de tout le mobilier, ne serait pas censée s'être conformée au vœu de la loi, si ce mobilier n'éteignait pas l'intégralité de sa créance. Le jugement de séparation serait nul pour défaut d'exécution [2].

1509. — A défaut de payement réel, l'exécution doit être poursuivie contre le mari, et la poursuite commencée dans le délai de quinzaine doit être poursuivie sans interruption. Ainsi, il a été décidé que l'exécution volontaire ou forcée commencée régulièrement, puis renvoyée d'un commun accord à une époque ultérieure, devait être considérée comme nulle et motiver conséquemment l'annulation du jugement.

Au reste, il n'entre pas dans notre matière de rechercher quels sont les actes constituant l'exécution; c'est là d'ailleurs une question que la loi confère à l'arbitrage souverain du juge. Tout ce que nous répéterons, c'est que cette exécution doit être accomplie ou tout au moins commencée dans la quinzaine, et que ce délai est tellement rigoureux que l'exécution, donnée le seizième jour, entraînerait la nullité du jugement [3].

1510. — Cette règle ne comporte qu'une seule exception, à savoir : lorsque la femme a été empêchée d'agir par des obstacles de force majeure, indépendants de sa volonté. Cette circonstance est laissée à l'appréciation des juges, mais elle serait facilement admise si, après le jugement, le mari avait été déclaré en état de faillite. Il est évident que dans cette hypothèse le payement réel est impossible, qu'on ne peut en exiger aucun, si ce n'est aux conditions et aux formes voulues; que les poursuites contre les syndics n'aboutiraient à aucun résultat utile. Il serait donc frustratoire d'imposer à la femme l'obligation d'en réaliser aucune. D'ailleurs, la crainte de la fraude, que l'exécution a pour but

[1] Voy. Chauveau, sur Carré, art. 872.
[2] Colmar, 30 novembre 1838.
[3] Rouen, 27 avril 1816; cass., 11 juin 1818; Toullier, t. XII, n° 80.

de rendre impossible, ne peut plus exister, dès qu'il y a faillite déclarée. En conséquence, la remise de ses titres, faite par la femme entre les mains des syndics, constituerait une exécution valable.

1511. — Le jugement, précédé et suivi des formalités que nous venons de rappeler, est parfaitement régulier; il devient définitif entre époux, dès qu'il a été légalement exécuté, mais il ne l'est pas encore contre les tiers. L'article 1447 du Code civil pose en principe que les créanciers ont la faculté de l'attaquer encore et de le faire réformer, s'il a été rendu en fraude de leurs droits. Cette action a été depuis limitée à la durée d'un an par l'article 873 du Code de procédure civile.

1512. — L'expiration de l'année rendrait donc le jugement inattaquable, à une condition cependant, à savoir : en tant, ainsi que le prescrit l'article 873 lui-même, que toutes les formalités exigées par les articles précédents ont été remplies. L'attaque en nullité du jugement, pour violation de ces formalités, est donc laissée en dehors de la prescription annale. Cette conséquence, signalée par Merlin, a été admise en doctrine et en jurisprudence [1].

Ainsi l'action en nullité, pour défaut de publicité de la demande ou du jugement, celle fondée sur l'absence d'exécution dans la quinzaine, ne se prescrit pas par le silence gardé plus d'un an. Elle n'est éteinte que par la prescription ordinaire en matière d'action. Cette règle est absolument vraie pour les créanciers existants lors de la poursuite en séparation. Mais elle se modifie dans l'application qui en serait poursuivie par les créanciers postérieurs. Il convient, par rapport à ceux-ci, de distinguer la nullité fondée sur le défaut de publicité de celle résultant d'une exécution tardive.

Ils peuvent exciper de la première par deux raisons : d'abord, parce que le défaut de publicité de la demande les a empêchés de connaître le projet de séparation; le défaut de publicité du jugement a pu leur faire croire qu'après avoir été tentée, cette séparation a été abandonnée. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'erreur, dans laquelle ils ont pu être de bonne foi, leur a causé un préjudice, car elle a été la cause unique du traité qu'ils n'auraient pas consenti s'ils eussent connu la séparation. On doit donc les en relever en leur permettant de demander la nullité de la demande ou du jugement. La seconde raison est que le mari lui-même étant recevable à exciper du défaut de publicité, ses créanciers, exerçant ses droits aux termes de l'article 1166, peuvent, sans contredit, agir dans ce sens comme il aurait pu le faire lui-même.

1513. — Mais les créanciers postérieurs ne peuvent se prévaloir de la nullité fondée sur l'exécution tardive du jugement de séparation, que si cette exécution ne s'est elle-même réalisée que postérieurement à leurs créances. Dans ce cas, cette exécution constituerait une atteinte à leurs droits et ils seraient fondés à en demander la nullité comme faite en fraude de ces droits. Mais ils ne pourraient prétendre qu'il en fût ainsi, si l'exécution, quoique tardive, avait cependant précédé le traité par suite duquel ils sont devenus créanciers. Comment pourraient-ils soutenir que leur débiteur a agi pour nuire sciemment à des droits qui n'existaient même pas? Ils ne pourraient donc attaquer l'exécution que comme ayants cause de leur débiteur et qu'en tant que celui-ci serait recevable à le faire. Or le mari, qui a tardivement exécuté, ne peut revenir contre son propre fait, ni se faire relever de sa faute.

1514. — Le rapprochement des articles 1447 du Code civil et 873 du Code de procédure civile a fait naître une difficulté sérieuse. Le premier permet d'attaquer la séparation faite en fraude des droits des tiers; l'article 873 admet la tierce opposition, par cela seul qu'il y a eu séparation de biens, et en limite la durée. Le délai d'un an est-il applicable seulement à ce droit? S'étend-il en outre à celui de fraude, alors même que la découverte de celle-ci n'aurait eu lieu qu'après son expiration?

Pigeau et Favard de Langlade enseignent l'affirmative. Ils soutiennent que le délai de l'article 873 est fatal et s'applique à tous les cas [2]. Mais le contraire est professé par Demiau-Crousilhac et Chauveau. Ceux-ci pensent que la fraude faisant exception à tous les principes, l'action des créanciers pour sa répression doit durer dix ans, suivant le premier; trente ans, d'après le second [3].

Nous résoudrons à notre tour la difficulté par une distinction entre la séparation en principe, et les conséquences qu'elle est dans le cas d'entraîner.

En principe, la séparation de biens doit être prononcée, dès que l'insolvabilité du mari met en péril les droits de la femme. En pareille oc-

[1] Chauveau, sur Carré, art. 873, quest. 2958.
[2] T. II, p. 576; t. V, p. 106, no 12.
[3] P. 547, sur Carré, art. 873, quest. 2959.

currence donc, la fraude consistera dans les moyens pris pour simuler cette insolvabilité; pour rendre ce péril apparent, sinon réel. Or, une fraude de cette nature est dans le cas d'être bientôt découverte, surtout lorsque les créanciers sont nécessairement mis sur la voie par les communications qu'ils peuvent exiger en vertu de l'article 871 du Code de procédure civile.

Dans tous les cas, le législateur a pensé qu'un délai d'un an suffirait pour cette découverte, et s'il a fixé un terme aussi court, c'est que la séparation modifiant l'état des époux et les droits d'administration du mari, il importait de ne pas laisser ses effets indéfiniment en suspens.

Nous estimons donc qu'après l'expiration de l'année, sans que le jugement ait été attaqué, la séparation est définitivement acquise en principe. Il n'appartient plus à personne de la faire révoquer, même sous prétexte de fraude ultérieurement découverte. Il y a eu négligence à ne pas la découvrir plus tôt. Elle est désormais irrévocable.

Mais il n'en est pas de même quant à ses conséquences. La plus immédiate est sans contredit la liquidation dans l'exécution de laquelle pourront se réaliser les fraudes les plus préjudiciables aux créanciers. Ces fraudes, résultant d'actes préparés peut-être de longue main, ne seront pas toujours faciles à découvrir, et on ne parviendra à en démontrer l'existence que par le bénéfice du temps et à l'aide d'événements imprévus.

En conséquence, assigner à cette découverte le simple délai d'un an, c'était la restreindre dans un cadre évidemment trop étroit; encourager et favoriser la fraude; consacrer une convention inique par laquelle, sous prétexte d'acquitter une dette, le mari donne réellement une portion de son patrimoine au préjudice et en fraude des droits de ses créanciers; c'était, en un mot, faire courir une prescription contre ceux que le dol a mis dans l'impossibilité d'agir, et consacrer l'extinction de l'action avant qu'elle ait pu être exercée. Un pareil résultat a-t-il pu entrer dans les prévisions du législateur? Pourrait-on le concilier avec tant et de si minutieuses précautions pour prévenir la fraude?

L'évidence du contraire a fait admettre par tout le monde la distinction que nous indiquons. On a compris qu'autre chose était la séparation, autre chose la liquidation, qu'on pouvait, qu'on devait même les considérer distinctement au point de vue de la prescription. Toutefois, on a en même temps soumis l'application de cette règle à la manière dont la liquidation a été prononcée. Le délai de l'article 873, a-t-on dit, sera applicable à la liquidation, si le jugement statuant sur la séparation statue en même temps sur la liquidation; celle-ci n'est plus dans ce cas que l'accessoire de l'autre, et le principal devenu inattaquable, l'accessoire ne pourrait plus l'être. Mais le contraire doit être admis si la liquidation n'a été prononcée que par un jugement postérieur et distinctif. Ce qui doit le faire décider ainsi, c'est la publicité que la liquidation acquiert dans le premier cas par la publication du jugement de séparation.

Nous n'admettons pas un pareil système, car il est dénué de tout fondement juridique. Si la liquidation n'est qu'un accessoire lié au sort du principal, il importe peu qu'il y ait été statué par le même jugement ou par un jugement distinct. L'existence de ce dernier ne peut lui faire perdre ce caractère. Un fait est nécessairement indépendant du mode de sa constatation. Il existe ou il n'existe pas; conséquemment si la liquidation n'est qu'un accessoire de la séparation dans le cas d'un seul jugement, il le demeure forcément dans celui de deux jugements.

En fait et en droit, la liquidation est la conséquence immédiate, et non l'accessoire de la séparation. Le droit d'attaquer l'une ou l'autre reste distinct et obéit à des principes différents. On doit donc le distinguer sans cesse et dans tous les cas. Quant à l'argument tiré de la publicité du jugement de séparation, nous n'avons à faire remarquer que cette circonstance, à savoir : que cette publicité ne concerne que la séparation en elle-même; que c'est à son occasion qu'elle est exclusivement prescrite; que dès lors les créanciers ne peuvent être obligés d'y voir autre chose.

Nous n'admettons pas non plus qu'on puisse soumettre à l'article 1304 la prescription de l'action en révocation de la liquidation comme faite en fraude des droits des créanciers. Cet article ne régit que la nullité ou la rescision des conventions; il ne peut donc s'appliquer à la rétractation d'un jugement. La demande de celle-ci reste soumise, quant à sa durée, au droit commun en matière d'action, et ce droit commun n'est pas autre chose que la prescription trentenaire.

Ainsi, il y a deux choses parfaitement distinctes dans la poursuite en séparation : la séparation elle-même, la liquidation. L'une et l'autre pouvant recéler la fraude, le droit des créanciers à se pourvoir contre chacune d'elles ne saurait être contesté. Le droit est distinct, car il s'agit d'un fait différent, la fraude faite dans la liquidation n'étant pas de la même nature que celle ayant présidé à la séparation. Dans un intérêt public, en quelque sorte, la faculté d'attaquer la séparation

a été limitée à la durée d'un an. Rien de pareil ne militant pour la liquidation, l'action pour la faire révoquer dure trente ans.

C'est au reste dans ce sens que la cour de cassation s'est enfin prononcée. Par arrêt du 4 décembre 1815, elle avait consacré le système que nous combattons, mais la résistance que ce système rencontrait dans la plupart des cours [1] l'a fait proscrire par la cour suprême. Voici dans quels termes elle a, le 11 novembre 1835, sanctionné celui que nous venons d'indiquer :

« Considérant que l'action en séparation de biens et l'action en liquidation des reprises de la femme sont essentiellement distinctes ; que si elles peuvent être formées et jugées simultanément à raison de leur connexité, elles ne cessent pas d'être différentes par leur nature et leur objet ; que la demande en séparation a pour objet de modifier l'état des époux et les droits d'administration appartenant au mari, il importe de ne pas prolonger l'incertitude sur cette demande, et de fixer un bref délai dans lequel les créanciers du mari sont tenus d'attaquer le jugement qui a prononcé la séparation ; que tel est le motif qui a déterminé la disposition exceptionnelle insérée dans l'article 873 du Code de procédure civile ;

« Considérant que ce motif ne peut être allégué à la liquidation des reprises de la femme, qu'elle soit opérée par le jugement même de séparation ou par un jugement séparé ; que dans les deux hypothèses, la disposition qui statue sur la liquidation est de la même nature et soumise au droit commun ;

« Que le principe général accorde aux créanciers le délai de trente ans pour former tierce opposition aux jugements qui préjudicient à leurs droits ; que l'exception à cette règle, admise par l'article 873, est limitée à la séparation de biens ; qu'aucune disposition n'a dérogé à ce principe à l'égard des condamnations prononcées par le jugement de séparation ;

« Qu'il résulte des articles 865 et suivants du Code de procédure civile, 1444 et 1445 du Code civil combinés, que les formalités prescrites par leurs dispositions ont pour objet et pour résultat de donner de la publicité à la séparation, mais n'en donnent pas à la liquidation ; qu'on ne pourrait appliquer le délai d'un an aux condamnations prononcées par le jugement, sans exposer les créanciers du mari à perdre leur droit de tierce opposition avant d'avoir pu l'exercer [2]. »

1515. — En résumé, la loi, désireuse d'assurer la conservation des droits des créanciers et d'empêcher, en ce qui les concerne, les effets d'une séparation frauduleuse, leur confère la faculté :

1° De poursuivre la nullité du jugement pour défaut de publicité de la demande ou du jugement lui-même, ou pour violation des formes prescrites à l'une et à l'autre. Quelle que soit la cause de nullité, l'effet en résultant est de frapper non-seulement le jugement, mais encore la procédure qui a été suivie, de telle sorte que la demande en séparation ultérieurement formée devrait nécessairement être instruite aux formes de droit. La faculté de faire prononcer la nullité du jugement ne se prescrit que par trente ans.

2° De former tierce opposition contre le jugement de séparation régulièrement poursuivi, obtenu et exécuté. La séparation des biens étant toujours préjudiciable aux créanciers par la division d'intérêts qu'elle crée entre le mari et la femme, il est juste de leur reconnaître le droit d'en contester l'opportunité et la nécessité. L'exercice de ce droit doit être réalisé dans l'année du jugement, sous peine d'en être définitivement déchu.

3° Enfin, de demander la révocation de la liquidation, comme faite en fraude de leurs droits. Il importe peu que cette liquidation ait été prononcée par le jugement de séparation ou par un jugement distinct et séparé, il suffit qu'elle soit frauduleuse, injuste et mensongère pour qu'elle puisse être attaquée. L'action des créanciers n'est éteinte que par la prescription de trente ans.

1516. — Nous avons déjà dit que, relativement au mari et à ses créanciers, l'effet de la séparation, quelle que soit l'époque de la prononciation, remonte au jour de la demande. Cet effet rétroactif est-il applicable aux tiers qui, dans l'intervalle de l'une à l'autre, ont traité avec le mari ?

Une grande controverse s'est élevée sur ce point, et la doctrine est fort divisée. Pigeau enseigne la négative. Il pense qu'on ne saurait recourir contre les tiers de bonne foi, qu'on ne pourrait soumettre à subir l'effet rétroactif de l'article 1445 du code civil qu'en tant qu'on prouverait leur collusion et leur fraude [3].

D'autres auteurs veulent au contraire que cet effet atteigne les tiers, indépendamment de

[1] Voy. Dalloz, *Dict. général*, v° *Sép. de biens*.
[2] D. P., 35, 1, 441 ; V, 36, 1, 98 ; Zachariæ, t. III, p. 474.
[3] T. II, p. 541.

leur bonne ou mauvaise foi, et par cela seul qu'ils ont traité avec le mari durant l'instance en séparation. *Lex non distinguit,* disent les annotateurs de Zachariæ [1]. La généralité des termes du second alinéa de l'article 1445 est d'autant plus décisive que l'ensemble de cet article ne peut laisser aucun doute sur le véritable esprit de la loi. En effet, après avoir prescrit, dans l'intérêt des tiers, les formalités nécessaires pour donner la plus grande publicité aux séparations de biens, le législateur s'est hâté de poser, dans un second alinéa, le principe de la rétroactivité des jugements de séparation, comme s'il avait craint qu'on n'induisît de sa première disposition la fausse conséquence que l'effet de pareils jugements est retardé, à l'égard des tiers, jusqu'après l'accomplissement des formalités mentionnées dans cette disposition. D'ailleurs les articles 866 à 869 du Code de procédure civile supposent bien évidemment le principe dont s'agit, puisque la publication qu'ils prescrivent ne peut avoir d'autre objet que de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation de biens. Enfin, il faut bien le reconnaître, sans cette rétroactivité, il dépendrait du mari de rendre absolument inefficace ou illusoire le remède de la séparation.

Le défaut de cette opinion est d'être absolue, et de se placer ainsi en contradiction avec un principe aussi certain qu'incontestable. Pendant le procès, le mari conserve l'administration, même des biens personnels de la femme. Or, comment concilier ce droit d'administrer avec la nullité complète, à l'égard des tiers eux-mêmes, de tous les actes que cette administration nécessitera?

Il est vrai que cette administration peut devenir, de la part du mari, la source de graves abus, mais le législateur a entrevu cette éventualité et s'est bien gardé de laisser la femme dans l'impossibilité de les prévenir. C'est précisément contre cette éventualité que l'article 869 a été édicté. Ainsi la femme pourra saisir-arrêter les sommes dues au mari, les fermages de ses biens personnels, les récoltes pendantes, faire enfin apposer les scellés sur le mobilier de la communauté. A quoi bon toutes ces mesures conservatoires, si la demande en séparation conserve par elle-même les droits de la femme, à tel point que tout ce que le mari fera après la publication restera frappé de nullité même à l'égard des tiers de bonne foi?

[1] T. III, p. 478, note 34; C. Toullier, t. XIII, nos 101 et suiv.; Dalloz aîné, t. X, p. 245, no 47.

Si telle avait été la pensée du législateur, il y avait un moyen fort simple de la réaliser, c'était de suspendre le droit du mari pendant la litispendance. Ce moyen eût été également plus économique pour les époux et plus juste envers les tiers, dont les intérêts auraient été ainsi sauvegardés. Mais laisser l'administration au mari, et puis annuler tous ses actes, c'est sacrifier ceux-ci et leur préférer ceux de la femme, c'est accorder le principe en en prohibant les conséquences. Il n'est pas possible d'admettre que le législateur ait voulu l'une et l'autre.

En conséquence, et sauf l'obstacle que la femme peut y apporter par la réalisation des mesures conservatoires autorisées par l'article 869, le mari, continuant après la demande d'administrer les biens, les oblige valablement vis-à-vis des tiers. Est-ce à dire cependant qu'il pourra profiter de cette administration et multiplier la fraude impunément? Non évidemment, car si la séparation de biens ne fait pas cesser l'administration du mari, elle ne cesse pas de la modifier profondément. A partir de la publication de la demande, pour les tiers eux-mêmes, ce droit n'est plus en quelque sorte que provisoire, ne se réalise plus que pour les actes urgents, indispensables à la conservation ou à la gestion ordinaire des biens; rien ne les empêche donc de traiter dans ces limites, mais la fraude serait plus ou moins présumée contre eux, selon que l'acte qu'ils ont contracté s'éloignerait plus ou moins de ce caractère.

1517. — Nous croyons donc que la solution de notre question doit obéir à une distinction inévitable. Ainsi le mari continuant d'administrer la communauté, il importe, dans l'intérêt même de la femme, qu'il puisse faire tout ce qui est indispensable pour prévenir un dépérissement ou des non-valeurs. Il pourra donc, comme il l'a toujours fait, recueillir et vendre les récoltes, continuer les baux à renouveler, retirer les capitaux échus. D'ailleurs, on doit d'autant mieux le décider ainsi que, par cela seul que le mari est obéré, il y a certitude que la femme renoncera à la communauté, et que dès lors tout obstacle à l'administration aurait été en pure perte. A quoi bon, dès lors, un système tendant à rendre cette administration impossible? A quoi bon encore, dirons-nous, même dans l'hypothèse d'une acceptation, lorsque la femme a le droit de saisir-gager les fruits, d'arrêter les capitaux aux mains des débiteurs, de provoquer l'apposition des scellés sur le mobilier commun?

En conséquence les tiers qui, postérieurement à la demande en séparation, mais en l'absence

de tout acte conservatoire de la part de la femme, ont traité avec le mari dans les limites de son administration, ne peuvent être recherchés que s'ils ont agi de mauvaise foi ; que si l'acte qu'ils ont souscrit a été fait sciemment par eux en fraude des droits de la femme. Leur bonne foi rend cet acte inattaquable, car la femme, en s'abstenant de prendre les mesures conservatoires qu'elle peut requérir, aurait tendu un piége dont les tiers ne peuvent être les victimes. Sans doute la publicité de la demande en séparation de biens les avertit du danger menaçant l'administration du mari. Mais ils savent également que pendant procès cette administration se continue ; ils savent aussi que la femme a la faculté de conjurer les périls auxquels elle est exposée ; et si celle-ci s'est tue, pourquoi exigerait-on de leur part une susceptibilité plus ombrageuse que celle de la partie la plus directement intéressée ? Ils ont donc pu, en cet état, traiter légalement avec le mari, et ils ne doivent être recherchés que s'ils ont sciemment fraudé les droits de la femme.

Il n'en serait pas de même pour les actes d'aliénation résultant soit d'obligations, soit de ventes contractées par le mari. Ces actes ne sont plus de pure administration, et la femme ne pouvait prendre aucune mesure propre à les prévenir ou à les empêcher. Dès lors aussi la publicité donnée à la demande en séparation doit être considérée comme suffisante pour empêcher les tiers de consentir de pareils actes. Celui-là donc qui, malgré cet avertissement, qui, malgré la certitude de la modification qu'a subie le droit ordinaire du mari, lui a prêté de l'argent ou a acquis de lui un objet mobilier ou immobilier, ne peut se soustraire à l'effet rétroactif de l'article 1445. Une pareille conduite fait présumer la fraude et légitime l'application de la peine à laquelle le tiers s'est bien volontairement exposé.

Cette présomption de fraude est au surplus avouée par la raison et le bon sens. Un emprunt, une vente doit paraître extraordinaire dès l'instant qu'il existe une demande en séparation régulièrement publiée. On ne prête pas, on n'achète pas de celui qu'on sait devoir être bientôt dépouillé de la propriété des choses qu'il affecte ou qu'il aliène. Le tiers qui agit autrement ne peut y être déterminé que par l'intention de faire une bonne affaire et de s'approprier les avantages que la position du mari lui commandera d'offrir ou d'accepter. Cette pensée, si d'ailleurs le profit espéré s'est réalisé, est exclusive de bonne foi. N'y eût-il d'ailleurs qu'imprudence, que le tiers ne pourrait se plaindre de ce qu'on lui en fît supporter les conséquences : *volenti non fit injuria*. Or telle est la position de celui qui prête ou achète après avoir été mis à même de connaître l'existence de la demande en séparation de biens.

Vainement prétendrait-il l'avoir ignorée. La publicité prescrite par la loi, et régulièrement accomplie, ne permettrait pas d'accueillir une pareille excuse. Ce qu'il a pu personnellement ignorer, des renseignements que la loi prescrit de prendre pour s'assurer de la condition de celui avec qui on va traiter le lui auraient appris. S'il a manqué à ce devoir, il a commis une faute. Or on ne saurait excuser une imprudence par une imprudence plus grande encore.

Ce que nous disons de la communauté s'applique, par une supériorité de raisons incontestable, aux biens personnels de la femme dont le mari a l'administration. Pour ceux-ci, il ne s'aurait s'agir d'une aliénation ou d'une affectation par hypothèque, l'une ou l'autre ne pouvant valablement s'accomplir sans le concours ou le consentement de la femme, à moins que le contrat de mariage n'ait stipulé le contraire. Si la faculté de vendre ou engager sans le consentement de la femme avait été concédée au mari, son exercice serait de plein droit suspendu par la demande en séparation. Le tiers qui, malgré la publicité de cette demande, aurait traité avec le mari, serait donc régi, quant à la validité de l'acte, par les règles que nous venons de tracer.

Mais, comme les biens de la communauté, les biens personnels de la femme doivent être administrés pendant la litispendance, et cette administration ne laisse pas d'être dévolue au mari. Conséquemment, tout ce que les tiers feront avec lui dans les limites d'une administration intelligente et sage, sera de plein droit exécutoire pour la femme elle-même.

C'est surtout à l'endroit de ces biens que l'administration du mari, pendant procès, doit se réduire aux mesures que le présent rend indispensables, et ne jamais engager l'avenir. Ainsi qu'un bail, venant à expirer, soit continué par la tacite réconduction, c'est ce qu'exige l'intérêt de la femme ; mais que le mari, malgré la litispendance, consente un bail pour un terme beaucoup plus long, pour neuf ans surtout, c'est ce que nous ne pourrions admettre. Nous consacrerions donc, en faveur de la femme, la faculté d'en faire prononcer la résiliation. Le tiers, ayant accepté un pareil bail, ne saurait exciper d'une bonne foi que la publicité de la demande en séparation ne permettrait pas d'accueillir. Il

suffirait donc qu'il se fût prêté au fait que le mari accomplissait sans nécessité réelle, et que ce fait causât un préjudice à la femme, pour qu'il fût considéré comme complice de la fraude, et privé du bénéfice qu'il s'en était promis.

Ainsi encore, et quelle que fût la durée du bail, le tiers qui, malgré la publication de la demande en séparation, aurait consenti des anticipations au mari, ne pourrait exciper contre la femme des payements qu'il prétendrait avoir faits, alors même que celle-ci consentirait à exécuter le bail. Le mari, en exigeant un payement non exigible, ne fait plus un acte d'administration, alors surtout qu'il est à la veille de perdre cette administration elle-même; il commet une véritable fraude contre les droits de la femme qui, vu son état d'insolvabilité, ne pourra se faire rembourser ce qui, depuis la demande en séparation, lui appartenait exclusivement.

D'autre part, le tiers, connaissant cette demande, ne pouvait ignorer l'effet que le jugement devait produire. En consentant une anticipation, il a contribué à rendre cet effet impossible et occasionné ainsi un préjudice à la femme; il est donc tenu de le réparer en faisant compte des loyers, à partir du jour de la demande, sauf son recours contre le mari.

En dernière analyse, l'administration du mari, ne cessant pas par la demande en séparation de biens, doit pouvoir s'exercer, ce qui ne serait pas si les tiers, ayant traité de bonne foi avec lui, dans les limites de cette administration, pouvaient être recherchés et voir leurs conventions annulées. Mais il est juste d'exiger qu'à partir de la demande le droit du mari se restreigne aux actes de gestion purs et simples, de nature à satisfaire aux besoins du moment présent, sans grever inutilement et abusivement l'avenir. Tout ce qui s'écarterait de ce caractère devrait être et serait suspect : à l'égard du mari, car on supposerait facilement que, profitant des derniers moments de son administration, il a voulu se créer des ressources illégitimes au détriment de sa femme; à l'égard des tiers, parce que la publicité de la demande les avertit suffisamment de la véritable position du mari; s'ils se prêtent cependant aux actes de dissipation que celui-là accomplit, c'est qu'ils y trouvent eux-mêmes un intérêt quelconque. Cette présomption, naissant de l'acte lui-même, est légalement admise, et comme elle exclut toute idée de bonne foi, sa conséquence doit être l'annulation de l'acte attaqué.

1518. — La dissolution du mariage par la mort d'un des époux offre pareillement de nombreuses occasions de fraude contre les héritiers ou les créanciers du défunt, contre les créanciers du survivant.

1519. — La plus redoutable de ces fraudes est, sans contredit, les détournements opérés par l'époux survivant. Ces actes, ayant pour objet la spoliation de la succession, sont dans le cas d'occasionner aux créanciers et aux héritiers du défunt un grave préjudice. Ils sont, par rapport à leur auteur, essentiellement frauduleux, car ils entraînent non-seulement un dommage certain, mais encore, et de plein droit, l'intention de nuire.

1520. — La spoliation de la succession est possible; quel que soit le régime sous lequel ont vécu les époux, elle constitue, sous celui de la communauté, le recélé prévu par l'article 1477.

Les soustractions, que la femme dotale ou non commune opérerait dans la succession de son mari, ne pourraient être punies des peines du recélé. Mais comme, en définitive, elles ne sont pas moins dommageables que celui-ci, les héritiers ou les créanciers ont une action en répression pour obtenir soit la restitution des effets détournés, soit une indemnité pécuniaire, suffisante pour couvrir intégralement le préjudice qu'ils sont dans le cas d'en éprouver.

1521. — La femme commune en biens a le droit de renoncer à la communauté. L'article 1453 frappe de nullité toute convention dérogeant à cette faculté d'ordre public, ou par laquelle la femme s'en interdirait l'exercice. Par l'effet de cette renonciation, la femme est libérée de toutes les dettes grevant la communauté, elle a de plus le droit de reprendre les linges et hardes à son usage; les immeubles lui appartenant lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble acquis en remploi; le prix de ses immeubles aliénés, dont le remploi n'a pas été fait et accepté conformément à la loi; enfin toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté.

C'est là, il faut en convenir, un droit d'un immense avantage pour la femme. Elle y trouve le moyen de ne pas contribuer au payement de sommes consommées par la communauté et dont elle a conséquemment profité en partie. La loi n'a pas cependant hésité à le consacrer, eu égard à la position de la femme, forcée de subir l'administration du mari. Celui-ci étant le maître absolu de la communauté, il fallait, dit de Malleville, donner à la femme la faculté de s'en délier pour qu'elle ne fût pas exposée à perdre son bien, par suite de conventions qu'elle n'a pas pu empêcher. De là, la faculté de renoncer et les effets qui s'y rattachent.

A ce droit, le législateur en a ajouté un autre non moins utile. Alors même que la femme accepterait, elle n'est, aux termes de l'article 1483, obligée aux dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, c'est-à-dire que sa part dans la communauté pourra bien être absorbée, mais qu'elle ne sera jamais obligée au delà et sur ses propres biens.

Ces dérogations au droit commun ont un caractère spécial qu'il ne faut pas oublier. Le législateur a entendu protéger la femme contre les abus que sa position, dans la communauté, faisait craindre. Il n'a pas voulu lui conférer un avantage, quoi qu'il arrivât. Le droit des créanciers, celui des héritiers, est aussi sacré que le sien, on ne pouvait donc le modifier qu'à de certaines conditions.

1522. — La première et la plus essentielle est que la femme, qui renonce, ne puisse rien retenir des biens de la communauté. Cette condition serait violée si, avant la renonciation, elle s'était emparée d'une part quelconque de ces mêmes biens; si elle tentait de les soustraire à la connaissance des héritiers du mari ou des créanciers; en un mot, si elle recélait ou détournait les effets appartenant à la communauté.

Dès lors, la femme ne saurait revendiquer un privilége dont sa propre fraude l'a rendue indigne; sa conduite a donc justement préoccupé le législateur qui en déduit les conséquences suivantes :

En premier lieu, la femme est déchue de la faculté de renoncer, le recélé par elle commis est considéré comme une acceptation formelle. L'acceptation en effet n'a pas toujours besoin d'être expresse. Les articles 1454 et 1455 la font résulter de l'immixtion de la femme dans les biens de la communauté, ou seulement de ce qu'elle a pris dans un acte la qualité de commune. Comment donc ne pas attacher au recélé les effets de l'une ou de l'autre?

En deuxième lieu, elle perd le privilége de ne pas être tenue par son acceptation au delà de la portion qu'elle prend dans la communauté. La loi a mis à cet effet une condition essentielle, à savoir : que préalablement il ait été fait un bon et fidèle inventaire. On ne pourrait évidemment reconnaître ce caractère à celui qui ne ferait aucune mention des effets recélés ou détournés.

En troisième lieu enfin, elle est privée dans le partage de la communauté de la part qui lui serait revenue dans les valeurs recélées. Elle supporte ainsi le préjudice qu'elle a voulu occasionner à autrui; c'est là une juste, une équitable réparation.

1523. — Le recélé commis par le mari ou ses héritiers ferait encourir à son auteur la peine portée par l'article 1477. Il est évident, en effet, que le recélé ne perd aucun de ses caractères, quel que soit celui qui l'exécute; dès lors, il doit produire contre tous des effets analogues.

1524. — La loi, qui a formellement édicté ces effets, entend-elle borner là les conséquences du recélé? S'oppose-t-elle à ce qu'on accorde en outre une allocation de dommages-intérêts? Ces questions nous paraissent devoir être négativement résolues. La réparation du préjudice causé par le recélé pourrait demeurer imparfaite, si elle se bornait à la restitution des objets pour lesquels il a été possible de fournir la preuve. Mais d'autres peuvent aussi avoir été soustraits, et des indices graves, quoique insuffisants pour déterminer une preuve, peuvent exister à la charge de celui contre qui une preuve partielle est déjà faite. Or qu'on ne puisse en cet état et sur ces indices prononcer une condamnation en restitution, on le comprend; mais comme il importe que le préjudice soit intégralement réparé, comme il ne serait pas juste de rendre les plaignants victimes des précautions prises pour les tromper, ou de l'ignorance dans laquelle ils peuvent être de la véritable consistance des biens de la communauté, on doit reconnaître aux juges la latitude de compenser, par une allocation pécuniaire, le dommage réellement démontré. Le recélé, se réalisant sous l'inviolabilité du domicile commun, peut avoir laissé des traces plus ou moins difficiles à saisir. Le soupçon contre celui qui est déjà convaincu, les considérations naissant de cette conviction elle-même le signaleraient assez énergiquement pour qu'on pût prononcer contre lui une condamnation en dommages-intérêts, à titre même de supplément de réparation.

Ainsi, et dans le cas où la restitution des objets, qu'on prouverait avoir été soustraits, ne ferait pas disparaître tout le préjudice, les juges peuvent, suivant les circonstances, ne pas s'arrêter aux peines édictées par les articles 1460 et 1477, et condamner en outre l'auteur du recélé à une indemnité que leur conscience arbitrerait.

1525. — La femme, devenue commune, pour avoir recélé, subit une peine véritable. La conséquence de cette règle est facile à déduire. La femme, qui aurait renoncé au préjudice de ses intérêts, ne pourrait exciper du recélé qu'elle aurait commis pour être exonérée de sa renonciation et se faire déclarer commune en biens.

1526. — Les héritiers du mari eux-mêmes ne sont pas forcés à demander qu'elle devienne

telle; ils ont le droit, après l'avoir convaincue de recélé, de se borner purement et simplement à la contraindre à restitution, et la laisser ainsi sous le poids de sa renonciation.

1527. — Mais, quelle qu'ait été sur ce point la conduite des héritiers, elle ne pourrait influer sur le sort des tiers. Pour ces derniers, la femme est commune, par cela seul qu'elle a recélé. Elle est donc tenue aux dettes non-seulement à concurrence de son émolument, mais encore *ultra vires*. Les créanciers ne sauraient, en conséquence, être empêchés de poursuivre contre elle le remboursement intégral de leur créance.

1528. — Ce que la fraude de la femme ne peut faire est naturellement attaché à celle du mari ou de ses héritiers. Ainsi la femme ou ses héritiers, qui ont renoncé à la communauté, sont recevables à se faire relever des effets de leur renonciation, si le mari ou ses héritiers sont plus tard convaincus de détournement ou de recélé.

La faculté de renoncer est un secours donné par la loi à la femme ou à ses héritiers contre une administration qu'ils ont dû subir. Elle ne peut donc se tourner en sacrifice pour eux; il importe, dès lors, que son exercice soit réfléchi, que l'appréciation de son opportunité repose sur des éléments sincères et vrais. Voilà pourquoi la loi exige un bon et loyal inventaire; voilà pourquoi elle accorde à la femme, comme à ses héritiers, un délai de trois mois pour délibérer.

Si le renonçant se trompe sur ce qu'exigent sa convenance et ses intérêts, la loi le laisse sous le coup des engagements qu'il contracte. Mais il n'en saurait être ainsi si l'erreur a été inférée par la fraude du mari ou de ses héritiers, fraude dont le résultat devait amener la renonciation, en diminuant l'actif ou en grossissant le passif de la communauté.

Le premier but est atteint par le détournement ou par le recélé. Ignorant l'un et l'autre, le renonçant s'est trouvé placé en présence d'une communauté dont l'acceptation n'était pour lui d'aucun avantage possible. Il a donc renoncé, ce qu'il n'aurait certainement pas fait si la vérité, connue par lui, lui eût permis de juger sainement sa position.

La perpétuité d'une renonciation, opérée dans de telles circonstances, n'eût été qu'une iniquité contre son auteur, qu'un encouragement à la fraude. En effet, plus la communauté se serait trouvée dans un état prospère, plus le mari ou ses héritiers auraient eu intérêt à amener une renonciation. Or, comme celle-ci devait être la conséquence d'une apparence contraire, rien n'aurait été épargné pour la déterminer. En d'autres termes, plus il y aurait eu de ressources, et plus les détournements se seraient multipliés.

D'ailleurs, la fraude ne saurait, dans aucun cas, devenir le fondement utile d'une convention quelconque. L'erreur qu'elle inspire vicie le consentement, condition substantielle de tous les contrats. Sa découverte doit donc faire évanouir le titre qu'elle avait su inspirer.

1529. — Pothier met sur la même ligne le recélé et la fausse supposition de créanciers [1]. Il n'y a, en effet, entre ces deux actes aucune différence dans les résultats, car l'un et l'autre se proposent le même objet, à savoir : tromper sur la position réelle de la communauté. Dans l'un comme dans l'autre, le mari cherche à s'avantager, car s'il profite réellement des objets soustraits, il ne profitera pas moins des payements que les créanciers simulés ne recevront que pour les lui transmettre. Le consentement du renonçant, vicié par l'erreur sur le recélé, ne le sera pas moins par l'ignorance de la simulation. La nullité, conséquence de la première, devra donc nécessairement s'induire de la seconde.

Ainsi, et de quelque manière que la renonciation se soit produite, la découverte de la fraude du mari ou de ses héritiers en motive la rétractation. Son auteur recouvre donc le droit de partager la communauté et de se faire attribuer exclusivement tout ce qu'on a tenté de lui enlever.

1530. — L'article 1464 prévoit une fraude à laquelle la dissolution du mariage peut donner lieu non plus contre les créanciers de la communauté, mais contre les créanciers personnels de la femme; nous voulons parler de la renonciation frauduleuse qu'elle ferait à la communauté.

Cette renonciation pourrait être annulée à la demande des créanciers. Tout ce qu'exige le législateur à l'endroit de cette annulation, c'est que la femme ait agi en fraude de ses créanciers. Comment et à quelles conditions admettra-t-on ce caractère?

1531. — A notre avis, le fait est ici tout-puissant. Car justifié que soit l'état prospère de la communauté, la renonciation de la femme n'a plus qu'une signification possible, le désir et la volonté de frauder ses créanciers, de leur faire perdre les ressources qu'ils devaient rencontrer dans les facultés qui seraient obvenues à leur débitrice dans le partage de la communauté.

[1] *De la Comm.*, n° 532.

En effet, le refus de s'enrichir quand on le peut légalement est un fait tellement anormal; tellement extraordinaire, qu'il suppose nécessairement une arrière-pensée, laquelle est parfaitement expliquée par l'existence de créanciers et par l'obligation de les désintéresser. C'est réellement aux créanciers que les nouvelles ressources devaient profiter, c'est donc à eux qu'on a voulu les enlever, et cette intention sera d'autant plus frauduleuse, que l'actif de leur débitrice sera plus insuffisant pour leur payement intégral.

Il suffira donc de prouver cette insuffisance et, conséquemment, l'existence d'un préjudice, pour que la fraude soit acquise et pour que la renonciation doive être annulée. Ce résultat serait surtout acquis si, comparaison faite de l'actif et du passif de la communauté, aucun doute ne pouvait naître sur l'avantage que la femme avait à accepter.

Delvincourt, après avoir enseigné que la fraude est présumée toutes les fois que la femme a renoncé à une communauté évidemment avantageuse, ajoute : « Mais, pour peu que l'état de la communauté présentât quelque doute lors de la renonciation, je ne pense pas qu'elle puisse être annulée, quand même, par l'événement, elle ne se trouverait pas désavantageuse [1]. »

La seule conséquence possible de cette restriction nous paraît devoir être de multiplier les difficultés et de substituer une appréciation arbitraire à celle si simple naissant de la proposition contraire, à savoir : qu'il suffit que la renonciation occasionne un préjudice aux créanciers pour qu'ils puissent la faire annuler. Nous nous rallions donc à celle-ci avec d'autant plus de raison, qu'il ne sera pas difficile de faire naître un doute momentané sur les résultats d'une liquidation future, qu'on serait donc exposé à consacrer la fraude parce que, par une collusion entre les parties intéressées, on serait parvenu à en dissimuler l'existence à l'aide d'une autre fraude [2].

Ainsi, les créanciers lésés par la renonciation à la communauté peuvent, par cela seul qu'ils éprouvent un préjudice, en poursuivre l'annulation comme faite en fraude de leurs droits; ils peuvent, de plus, dans tous les cas où la femme serait recevable à se faire relever de sa renonciation, exercer eux-mêmes cette action en vertu de l'article 1166, notamment dans le cas où la renonciation de la femme n'aurait été déterminée que par les détournements frauduleux du mari ou de ses héritiers.

1532. — Si la renonciation à la communauté émane de l'héritier de la femme, ses créanciers personnels auront, contre cette renonciation, tous les droits que nous venons de reconnaître aux créanciers de la femme renonçante.

1533. — Les créanciers de la femme ou de son héritier peuvent-ils attaquer l'acceptation de la commnnauté et en demander l'annulation comme faite en fraude de leurs droits? Il peut se faire, en effet, que l'acceptation soit préjudiciable aux créanciers, dans l'hypothèse suivante par exemple :

La femme a stipulé la reprise de son apport franc et quitte. Voulant décharger les héritiers de son mari de l'obligation d'en opérer la restitution, elle accepte la communauté, contrairement à tous ses intérêts.

Nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher les créanciers de se pourvoir contre une pareille acceptation. Évidemment, elle ne serait, envers les héritiers du mari, qu'une libéralité pure, qu'une fraude palpable à l'endroit des créanciers de la femme que la reprise de son apport devait mettre à même de les satisfaire. Or, une fraude ne saurait exister sans donner immédiatement ouverture à une action en faveur de celui à qui elle préjudicie. On doit donc décider notre question par l'affirmative.

Mais la restriction que nous repoussions tout à l'heure, nous l'admettons ici sans difficulté. La fraude existera si la communauté étant évidemment désavantageuse, la femme l'a cependant acceptée. Si, au contraire, lors de l'acceptation les ressources apparentes de cette communauté étaient telles que leur partage dût paraître plus favorable que la reprise de l'apport, l'acceptation doit être maintenue, à moins qu'il ne fût prouvé que l'inventaire a été sciemment et frauduleusement grossi. Il ne faudrait pas, en effet, sous prétexte d'une fraude qui n'existe pas, permettre à la femme de revenir, par une voie indirecte, contre une acceptation faite dans le désir de s'enrichir. L'existence certaine de celui-ci exclut toute intention de préjudicier aux droits des créanciers.

1534. — La révocation de la renonciation ou de l'acceptation ne peut être poursuivie par les créanciers que dans la mesure de leurs droits. Ses effets ne peuvent profiter qu'à eux, jamais à la femme ou à ses héritiers.

[1] T. II, note 3, p. 115.

[2] Dalloz, *Communauté*, n° 26; Toullier, t. XIII, n° 202; Bellot, t. II, p. 341; Battur, n° 670; Duranton, t. XIV, n° 462.

Ainsi, il appartient au mari ou à ses héritiers d'empêcher qu'il soit donné suite à la demande en désintéressant les créanciers. En supposant qu'ils ne le fassent pas, l'admission de la révocation n'aurait, pour résultat possible, que ce désintéressement. Tout ce qui resterait après payement serait acquis non à la femme ou à ses héritiers, mais au mari ou à ses ayants cause. En d'autres termes, la renonciation n'est jamais annulée que dans l'intérêt exclusif des créanciers. Elle continue de valoir contre la partie qui l'a réalisée, les créanciers n'ayant ni intérêt, ni qualité à faire décider le contraire.

1535. — L'action des créanciers en révocation de la renonciation ou de l'acceptation n'a jamais suscité aucun doute, quant à sa durée. Elle se prescrit par dix ans. Mais quelques difficultés se sont élevées sur la question de savoir quel est le point de départ de ces dix ans.

Battur pense que c'est du jour de la renonciation que commence la prescription. Mais cette opinion, combattue d'ailleurs par Bellot, ne nous paraît pas devoir être suivie. Nul n'est tenu d'agir avant d'y être autorisé par son intérêt. Ce n'est d'ailleurs que lorsque cet intérêt se manifeste qu'il est recevable à le faire. Conséquemment on ne comprendrait pas que, sous prétexte de négligence, on pût perdre un droit, tant qu'on n'est pas en demeure de l'exercer.

Or, l'action révocatoire des créanciers n'est recevable, nous l'avons déjà dit, qu'à condition que les autres biens du débiteur se trouveront insuffisants pour le payement de ce qui leur est dû, et cette insuffisance ne peut être démontrée que par la discussion préalable de ces biens. Ce n'est donc qu'après cette discussion et par la preuve de l'insolvabilité en résultant, que les créanciers verront s'ouvrir le droit qu'ils ont d'attaquer toute disposition faite pour leur préjudicier; qu'ils seront conséquemment en mesure et en demeure d'agir. Il est donc rationnel et logique de placer à ce même moment le point de départ de la prescription. Décider le contraire, c'est admettre qu'on peut être puni comme négligent, alors que, le voulût-on, on ne saurait être négligent et méconnaître cette règle d'équité et de droit : *Contra non valentem agere, non currit præscriptio.*

1536. — Le détournement commis avant la dissolution du mariage produit les mêmes effets que celui qui ne s'exécute qu'après. L'un et l'autre produisant des conséquences identiques doivent entraîner les mêmes résultats. Ainsi l'époux qui consent une vente simulée d'effets mobiliers de la communauté, dans le but de se les approprier, se rend coupable du recélé prévu par l'article 1477 et en encourt la peine [1]. Il en serait de même du recélé d'une créance de la communauté. L'époux qui en serait convaincu devrait en rapporter le capital et les arrérages, sans pouvoir réclamer aucun droit ni sur l'un ni sur les autres, alors même qu'il prétendrait que ces derniers sont prescrits [2].

1537. — Mais ce qui, dans tous les cas, constitue le détournement punissable, c'est le caractère occulte et clandestin de l'acte. Il n'y a donc pas recélé dans le sens de la loi, toutes les fois que la rétention reprochée à l'époux ou à ses héritiers est patente et publique; qu'elle s'étaye sur une prétention plus ou moins fondée. Ainsi nous sommes loin d'approuver un arrêt rendu par la cour de Bordeaux, le 5 janvier 1826, déclarant que l'époux qui, après la dissolution de la communauté, a fait volontairement des déclarations, desquelles il est résulté qu'il présentait comme lui étant propres des biens qui devaient être compris dans la communauté, pouvait être déclaré coupable de recélé.

Nous n'ignorons pas qu'en pareille matière les cours ont un pouvoir discrétionnaire et souverain. Mais nous ne saurions admettre qu'elles pussent étendre ce pouvoir jusqu'à reconnaître l'existence du détournement et du recel dans des faits ne constituant évidemment ni l'un ni l'autre.

Quel est, en effet, le préjudice pouvant résulter de la fausse déclaration du mari? Est-ce que les héritiers de la femme sont tenus de l'admettre? Est-ce qu'ils n'ont pas le droit d'exiger la justification du fait qu'il indique? Si cette justification n'est pas fournie, le mari est débouté de ses prétentions qu'il a pu émettre de bonne foi, et les biens restent dans la communauté, de laquelle ils n'ont jamais été distraits.

Le fait donc d'avoir fait à cet égard une fausse déclaration ne peut, dans aucun cas, constituer le recélé. Mais si cette déclaration s'appuyait sur des titres fabriqués à son appui, si le mari invoquait des actes simulés, capables de tromper les héritiers de la femme, nous trouverions fort juste la décision qui le déclarerait coupable de recélé. L'intention manifestement frauduleuse que ces actes décèlent, la confiance qu'ils peuvent inspirer exclut toute bonne foi, rend un préjudice imminent et mérite conséquemment toute la sévérité de la justice.

[1] Cass., 5 avril 1832.

[2] Cass., 10 décembre 1835.

Mais nous ne considérerions comme frauduleux que les actes émanant du mari exclusivement, et faits sans le concours de la femme. Ainsi la déclaration faite par les époux dans un acte auquel ils ont l'un et l'autre concouru, tendant à faire considérer comme propre à l'un d'eux un acquêt de la communauté, ne pourrait fonder une accusation de recel. Elle ne prouverait qu'une seule chose, à savoir : que les époux ont voulu indirectement s'avantager, mais elle ne pourrait constituer un préjudice quelconque, alors même qu'elle devrait être annulée comme illégale, puisque les héritiers pourraient toujours, et malgré la reconnaissance de leur auteur, exiger la preuve du caractère donné à l'immeuble.

1538. — Nous nous sommes déjà occupés des fraudes que les époux peuvent commettre pendant le mariage au préjudice l'un de l'autre [1]. Nous ne les rappelons ici que pour constater que l'action en répression ouverte à celui qui en a été la victime passe à ses héritiers. Mais, dans cette hypothèse, ceux-ci, n'étant que les ayants cause de leur auteur, peuvent être écartés par les exceptions opposables à celui-ci.

Il peut se faire cependant que la fraude exécutée pendant le mariage soit plutôt tentée contre les tiers que contre le conjoint. C'est ce qui se réalise toutes les fois qu'il s'agit de la disposition des biens dotaux ou personnels à la femme.

Ainsi la vente des premiers, nous l'avons déjà dit, peut être annulée sur la demande du mari lui-même, de la femme, de ses héritiers. Le préjudice reste donc tout entier contre les acheteurs, car, alors même qu'ils seront dans le cas d'obtenir une garantie contre le mari, son insolvabilité pourra rendre cette garantie purement illusoire.

1539. — L'administration des biens personnels de la femme commune, celle des biens dotaux appartenant au mari, les baux qu'il en aurait consentis doivent recevoir leur exécution dans la mesure déterminée par la loi. L'intérêt des tiers est donc sur ce point parfaitement sauvegardé.

Mais il n'en est pas de même des biens paraphernaux, leur location peut devenir une occasion de fraude contre les preneurs. Par exemple, le mari la consentira sans déclarer la nature des biens. Puis, une occasion plus favorable s'offrant, la femme, s'étayant de son droit, demandera la nullité du bail sur la foi duquel le preneur se sera livré à des dépenses d'appropriation plus ou moins considérables.

Cette demande en nullité devrait-elle être accueillie? Nous n'hésitons pas à soutenir la négative. Elle nous paraît résulter de l'économie de notre Code civil.

Qu'en principe la femme ait l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, c'est ce qu'il est impossible de contester en présence de l'article 1576 du Code civil. Qu'elle puisse vouloir exercer par elle-même l'une et l'autre, c'est ce qui est évident. L'a t-elle voulu? C'est ce que la loi n'admet pas facilement.

Aussi voyons-nous le législateur tracer, immédiatement après l'article 1576, les règles applicables à l'administration qui aurait été laissée au mari, et les conséquences de cette administration par rapport à la femme. Celle-ci n'acquiert les revenus que si elle a expressément stipulé, dans la procuration formelle qu'elle a donnée, que le mari serait tenu de rendre compte; ou bien que si le mari a administré et joui au mépris de l'opposition formelle de la femme.

Ainsi, aux yeux de la loi, il s'agit bien moins pour la femme d'une administration matérielle, que du droit aux revenus. C'est d'ailleurs au mari qu'elle devra en demander compte exclusivement. Les tiers auxquels l'opposition n'aurait pas été légalement dénoncée se libéreraient valablement entre les mains du mari.

A défaut de mandat formel, la loi suppose et admet le mandat tacite. Le mari, dans ce cas, a non-seulement l'administration, mais encore la jouissance effective, car il ne devra compte que des fruits existant au moment de la dissolution ou au jour de l'opposition par laquelle la femme a toujours la faculté de révoquer le mandat tacite.

Ainsi, en droit, l'administration et la jouissance des biens paraphernaux appartiennent à la femme. En fait, la loi présume qu'elles ont été confiées au mari, et cette présomption ne cède qu'à la preuve certaine d'une volonté contraire, résultant d'un mandat ou d'une opposition formelle extrajudiciairement signifiée.

C'était d'ailleurs ce que la raison indiquait. La position respective des époux rend toute naturelle la confiance de la femme envers son mari. Elle a pu livrer ses biens à celui à qui elle livre sa personne, et cela avec d'autant plus de raison qu'elle est toujours en mesure d'empêcher l'abus, par la faculté absolue qu'elle a de rétracter le mandat.

D'autre part, les tiers devaient être protégés

[1] *Vid. suprà*, nos 803 et suiv.

contre une collusion beaucoup trop facile, sans qu'on pût leur reprocher de n'avoir pas assez veillé à leurs intérêts. Que celui qui achète soit tenu de s'éclairer sur l'origine et la certitude du droit dont il obtient le transfert, on le comprend. Mais en matière de baux, c'est la possession qui devient l'objet du contrat. Ne suffit-il pas, dès lors, que cette possession appartienne et soit incontestablement reconnue au bailleur, pour que le preneur puisse de bonne foi l'accepter ?

C'est ce qu'avait compris le droit romain. La loi 21 du Code, *de procurat.*, admet que le mari est le mandataire de sa femme relativement à ses paraphernaux, et Perezius, dans son *Commentaire*, nous en fait connaître le motif, en assimilant, quant à l'administration, les biens paraphernaux aux biens dotaux, et en reconnaissant au mari le domaine civil des uns comme des autres : ***Est tamen opus, hoc casu quo maritus pro uxore sine mandato experitur, ut caveat de rato, seu rem ratam uxorem habituram, aut si uxore conveniatur, ut caveat judicatum solvi, nisi forte nomine dotis aut paraphernorum experiatur. Hoc enim casu maritus sine satisdatione admittitur, cum horum bonorum commissa ei sit administratio, et sit dominus civiliter*** [1].

Rien donc ne distinguait l'administration des biens paraphernaux des biens dotaux. L'absence de tout mandat de la part de la femme les rangeait toutes deux sur la même ligne et permettait au mari de les exercer au même titre. C'est aussi ce qui paraît avoir été admis par notre ancien droit. Dans une discussion sur la question de savoir si, à défaut de contrat de mariage, les biens de la femme étaient dotaux ou paraphernaux, on invoquait, à l'appui de la dotalité, l'administration du mari. « Le mari, répondait Furgole, est constitué le procureur ou administrateur des biens légitimes de la femme, lorsqu'il n'y a point défense expresse de sa part [2]. » Furgole avait raison. Mais pour que les partisans de l'opinion qu'il combattait pussent appeler à leur secours l'administration du mari, il fallait bien que cette administration fût conforme à celle des biens dotaux. Comment, en effet, conclure à la dotalité, s'il avait existé entre elles la moindre différence ?

Nous soutenons que le Code civil s'est conformé à ces principes. Il consacre le mandat tacite dans l'article 1578, et il le présume facilement. Il est évident que la position des époux n'ayant pas changé, les conséquences que cette qualité entraîne doivent aujourd'hui se produire. Or, l'une de ces conséquences est de faire admettre que la femme abandonne le gouvernement de ses paraphernaux à son mari, auquel elle confie sa personne [3]. C'est ce qui fait dire à Troplong [4] que le mari est le procureur-né de sa femme.

Maintenant, à quel titre le mari jouit-il des biens paraphernaux dont il a l'administration en vertu du mandat tacite de sa femme? L'article 1578 l'indique suffisamment en déclarant qu'il fait les fruits siens. Il n'y a donc, quant à ce, d'autre différence avec la jouissance des biens dotaux, qu'en ce que celle-ci appartient au mari irrévocablement, tant que dure le mariage, tandis que la femme peut à volonté faire cesser celle-là, en signifiant son opposition. Mais tant que cette opposition n'est pas réalisée, le principe que nous soutenons est d'une irréprochable exactitude.

La loi s'en explique mieux encore dans l'article 1580. Le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier. C'est là la règle que l'article 1562 trace expressément pour les biens dotaux. Or, si pour les uns et les autres les obligations sont les mêmes, les droits le seront également. Il est donc vrai de dire que le législateur a mis sur la même ligne les biens dotaux et les biens paraphernaux, quant à la jouissance. Usufruitier des uns, le mari est usufruitier des autres [5]. Il peut donc faire pour ceux-ci ce qu'il a le droit de faire pour ceux-là.

Rodière et Pons ont méconnu ces principes, lorsqu'ils ont prétendu que le mari ne pouvait pas affermer les biens paraphernaux de la femme sans le concours de celle-ci. Le contraire résulte de ce que nous venons d'exposer, et en outre de la considération d'équité que nous avons aussi indiquée.

Le droit des tiers n'est pas moins respectable, pas moins digne de protection que ceux de la femme elle-même. On ne saurait donc l'abandonner au caprice de la femme, à la collusion si facile entre elle et son mari. Les droits de la femme sont dans tous les cas sauvegardés, puisqu'elle peut toucher réellement ses revenus, tandis que la nullité du bail causerait, le plus

[1] *In Cod.*, liv. II, tit. XIII, n° 16.
[2] *Quæst.* 25, n° 20.
[3] Toullier, t. XIV, n° 361, p. 432.
[4] *Du Contrat de mariage*, art. 1578, n° 3710.
[5] Benoît, *des Biens paraphernaux*, n° 176, p. 309.

souvent, un notable préjudice au preneur. Il n'y a donc pas à hésiter, aucune faute d'ailleurs ne pouvant être imputée à celui-ci.

La femme est donc tenue d'exécuter les baux que le mari seul a consentis des biens paraphernaux, à moins que ces baux soient frauduleux et faits au préjudice de ses droits. Mais, dans ce cas même, la femme devra prouver la mauvaise foi du preneur. On la présumerait facilement si le bail avait été consenti à un prix sans rapport réel, ou dans des proportions inconciliables avec la juste valeur des choses. Il en serait de même pour les baux faits par le mari malgré l'opposition de la femme.

§ II.

Successions.

SOMMAIRE.

1540. — Intérêts que l'ouverture d'une succession met en présence.
1541. — Objet que se proposera la fraude.
1542. — Précautions prises par la loi en faveur des cohéritiers et des tiers.
1543. — Quel est le recélé prévu et puni par l'article 792?
1544. — Effet du recélé vis-à-vis des créanciers de la succession.
1545. — 1° Vis-à-vis des cohéritiers.
1546. — Le recélé, en matière de succession, n'existe qu'avec les caractères exigés pour le recélé dans la communauté.
1547. — Droit des cohéritiers et des créanciers de requérir l'apposition des scellés, ou de s'opposer à leur levée.
1548. — Le droit de former opposition à la levée peut-il être exercé par le créancier personnel des cohéritiers?
1549. — Comment s'exerce le droit de tous créanciers d'assister à l'inventaire?
1550. — Droit des créanciers personnels des successeurs d'intervenir au partage.
1551. — L'intention de l'exercer résulte de l'opposition à la levée des scellés. — Conséquences.
1552. — A défaut d'opposition et d'intervention, les créanciers peuvent-ils attaquer le partage consommé?
1553. — Ce qu'il faut dans tous les cas considérer comme un véritable partage.
1554. — Formes que doit avoir l'opposition à partage.
1555. — Les créanciers qui n'ont pas fait opposition ne sont pas déchus du droit d'intervenir.
1556. — Le partage fait au mépris d'une opposition et hors la présence de l'opposant n'est annulable que si ce créancier n'y a pas été appelé.
1557. — Le créancier opposant a-t-il le droit d'attaquer une vente par licitation à laquelle il n'a été ni présent ni appelé?
1558. — Droits du créancier d'un usufruit d'une portion de biens indivise entre le cohéritier et un tiers.
1559. — Le droit de s'opposer et d'intervenir appartient aux créanciers chirographaires comme aux hypothécaires.
1560. — Peut-il être exercé par les créanciers de la succession?
1561. — Faculté pour les créanciers du cohéritier d'attaquer la répudiation faite au préjudice de leurs droits et de se faire autoriser à accepter du chef de leur débiteur.
1562. — Conséquences des termes dont se sert l'article 788, *au préjudice de leurs droits*.
1563. — Opinion de Chardon sur la nécessité d'une discussion préalable. — Réfutation.
1564. — La faculté donnée par l'article 788 est au profit exclusif des créanciers personnels aux cohéritiers.
1565. — Exemple d'une répudiation frauduleuse contre les créanciers de la succession.
1566. — La faculté conférée par l'article 788 ne concerne que les créanciers antérieurs à la répudiation.
1567. — Exceptions que cette règle comporte.
1568. — L'acceptation par le créancier ne relève pas le cohéritier des effets de sa répudiation.
1569. — Première conséquence. — L'offre faite par le successible appelé par la répudiation de désintéresser le créancier rendrait l'acceptation par celui-ci sans objet.
1570. — 2° Quel que soit l'effet de la liquidation, tout ce qui excède la créance et les frais appartient à ceux par lesquels la succession aurait été appréhendée.
1571. — Droits des créanciers contre les successeurs irréguliers, et notamment contre l'enfant naturel.
1572. — Fraudes que peut faire surgir l'ouverture d'une succession testamentaire.
1572 *bis*. — Droits des successibles de faire annuler le testament, soit en la forme, soit au fond.
1573. — Les nullités de formes ne procèdent pas ordinairement d'une pensée de fraude.
1574. — Position particulière du notaire dans le cas de nullité pour violation de l'article 973 du Code civil.
1575. — Fondement de sa disposition.
1576. — Conséquences dans le cas où le testateur a déclaré ne savoir signer, ou ne le pouvoir.
1577. — Différence entre ces déclarations pour la responsabilité du notaire.
1578. — Quels sont les devoirs et les droits de l'officier public si le testateur se borne à alléguer son impuissance, sans en indiquer la cause?
1579. — Doctrine et jurisprudence.
1580. — Le testament renfermant une substitution fidéicommissaire ne saurait sortir à effet.
1581. — Notice historique de la législation touchant les substitutions.
1582. — Disposition de l'article 896 du Code civil. — Caractères essentiels de la substitution prohibée.
1583. — Fondement de la dérogation consacrée par les articles 1048 et 1049. — Son étendue.
1584. — Loi de 1825. — Sa tendance.
1585. — La révolution de 1830 coupa court à tout projet ultérieur dans ce sens. — Lois des 12 mai 1835, 7 et 27 janvier 1849, 7 et 11 mai suivant.
1586. — Les héritiers naturels ont intérêt et sont dès lors recevables à poursuivre la constatation d'une substitution prohibée.
1587. — Conditions indispensables à la substitution fidéicommissaire.
1588. — Distinction entre l'obligation résultant de la substitution et certaines dispositions modales. — Exemple de celles-ci.
1589. — Il n'y a substitution prohibée que lorsque la restitution doit se réaliser à la mort du grevé.
1590. — Différence entre les substitutions et les dispositions prises en conformité de l'article 1121 du Code civil.
1591. — Que doit-on décider si l'époque de la restitution n'a pas été déterminée?

1592. — Dans le doute, on doit se prononcer pour la validité de l'acte. — Exemples divers.
1593. — La disposition *de eo quod supererit* ne constitue pas la substitution prohibée.
1594. — Le contraire était admis en droit romain. — Pourquoi?
1595. — Doit-elle sortir à effet pour les biens non aliénés?
1596. — La négative, soutenue par de Villargues, ne peut être accueillie. — Par quels motifs?
1597. — Réponse de Merlin à l'objection que la disposition serait sous une condition potestative.
1598. — Opinion de Thevenot d'Essaules.
1599. — Conclusion.
1600. — Il en serait de même de la disposition *si quid supererit*.
1601. — Caractère de l'institution fiduciaire. — Ses effets.
1602. — La fiducie n'exclut pas la disposition en faveur du grevé d'une partie de la succession, soit en fruits, soit en fonds.
1603. — Le prédécès de l'appelé fait passer de plein droit, sur la tête de ses héritiers, l'émolument de la fiducie. — C'est surtout cet effet qui donnait de l'importance à la question de savoir s'il y avait fiducie ou substitution, lorsque celles-ci étaient permises.
1604. — Quelles étaient, selon Cancerius, les circonstances qui devaient faire admettre la fiducie.
1605. — Cette opinion était fort contestable.
1606. — La règle tracée par Montvalon était bien plus rationnelle.
1607. — Que doit-il en être sous l'empire du Code?
1608. — Espèce dans laquelle le caractère fiduciaire, invoqué par les propres enfants du testateur, n'a pas été admis.
1609. — Importance; en cette matière, du défaut de détermination de l'époque de la restitution, et de l'existence de la faculté d'élire.
1610. — Au reste, comme toutes les questions de fait, celle de l'existence d'une fiducie ne peut reconnaître aucune règle absolue.
1611. — La simple fiducie ne peut être recueillie par l'incapable.
1612. — Le désir d'échapper à cette prohibition amènera le testateur à interposer une personne capable.
1613. — Double forme que peut revêtir le fidéicommis tacite.
1614. — Ses effets sous l'ancienne législation.
1615. — Sont restés tels sous l'empire du Code. — Intérêt des héritiers à en prouver l'existence.
1616. — Preuve admissible.
1617. — Faut-il, pour que la preuve soit pertinente, qu'elle justifie non-seulement la volonté du testateur, mais encore que l'institué apparent a pris l'engagement de rendre à l'incapable.
1618. — Controverse en droit romain et sous notre ancien droit.
1619. — L'affirmative était enseignée par Cujas.
1620. — Raisons invoquées par l'opinion contraire.
1621. — C'est pour celle-ci que se prononce Furgole. — Sur quels motifs.
1622. — Cette dernière opinion doit être suivie.
1623. — La preuve d'une substitution fidéicommissaire ne peut s'établir que par écrit. — Raison de cette différence.
1624. — Le fidéicommis tacite est valable si le véritable appelé est capable de recevoir.
1625. — Dans le cas de fraude de l'intermédiaire choisi par le testateur, l'appelé est-il recevable à prouver par témoins et sa qualité et l'existence du fidéicommis tacite?
1626. — Espèce remarquable jugée par la cour de Pau.
1627. — Le *Journal du Palais* indique comme contraire un arrêt de la cour de cassation du 21 décembre 1818. — Erreur de cette indication.
1628. — L'action des héritiers en nullité d'une substitution prohibée ou d'un fidéicommis en faveur d'un incapable peut être exercée par leurs créanciers.
1629. — Cette action est une véritable pétition d'hérédité. — Ses conséquences, quant à la restitution des fruits et à la prescription.
1630. — Effets de la renonciation à un usufruit à l'égard des créanciers du renonçant.
1631. — Différence entre cette renonciation et celle à une succession ou à un legs.
1632. — Ses conséquences par rapport à l'acquéreur de cet usufruit;
1633. — Par rapport à l'antichrésiste;
1634. — Par rapport aux créanciers postérieurs à l'ouverture de l'usufruit, mais antérieurs à la répudiation.
1635. — Différence entre la renonciation à titre gratuit et celle à titre onéreux. — Conséquences.
1636. — Résumé des principes régissant cette renonciation.
1637. — La renonciation par le père à l'usufruit des biens de ses enfants donne-t-elle lieu à l'action révocatoire?
1638. — *Quid* de celle résultant de l'émancipation?
1639. — Invalidité du rapport que le père ferait à ses enfants des fruits perçus en l'absence d'une émancipation, ou avant son accomplissement.
1640. — La renonciation en faveur d'un successible ne constitue pas un avantage soumis à rapport.
1641. — Renvoi pour les autres fraudes qu'un usufruit peut engendrer.

1540. — L'ouverture d'une succession produit, quant aux biens du défunt, un effet identique à celui résultant pour la communauté de la dissolution du mariage; elle met en présence les cohéritiers, les créanciers de l'hérédité, ceux de chaque héritier personnellement.

Chaque cohéritier est intéressé à recevoir une part proportionnée à l'intégralité de ses droits. L'intérêt des créanciers du défunt exige que la totalité de l'actif soit appliquée au payement de ce qui leur est dû. Enfin celui des créanciers personnels des cohéritiers est surtout de veiller à la sincérité du partage, et à ce que leur débiteur reçoive sa part entière des biens composant la succession.

1541. — Ce triple aperçu résume le but que la fraude se proposera dans la liquidation d'une succession. En effet, ce qu'on pourra reprocher aux cohéritiers, c'est d'avoir voulu s'avantager les uns au détriment des autres, de tenter de se soustraire au payement des dettes, en dissimulant les ressources, enfin, de concerter les opérations du partage de telle manière que les

droits des créanciers personnels de quelques-uns d'entre eux soient ou paraissent complétement anéantis. C'est pour remédier à ces éventualités diverses que le législateur a introduit dans notre Code les articles 788, 792, 882.

1542. — L'article 792 protége les cohéritiers et les créanciers de la succession. Aux termes de sa disposition, les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer et demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés. Ainsi les coupables ont voulu se soustraire au payement des dettes, et la loi les met à leur charge en totalité; ils ont cherché à s'avantager au détriment de leurs cohéritiers, et ce sont ceux-ci qui seuls profiteront des effets de leur coupable action. On le voit, la peine est établie sur les proportions de la plus exacte réciprocité.

1543. — Le divertissement ou le recélé dont s'occupe l'article 792 est celui commis par un héritier. Il faut dès lors en conclure que les effets en résultant ne se produisent qu'en tant que l'un ou l'autre s'est réalisé avant toute renonciation, c'est-à-dire dans un moment où l'habile à se porter héritier n'a encore manifesté aucune intention contraire.

Celui qui a régulièrement renoncé à une successien ouverte est censé n'avoir jamais été héritier; il ne l'est bien certainement pas dès l'instant de la répudiation. S'il détourne ou recèle à une époque postérieure, on ne pourrait plus appliquer l'article 792, car l'auteur de l'enlèvement n'est pas héritier.

Réaliser à cette époque le détournement et le recélé ne constitue plus que l'enlèvement frauduleux de la chose d'autrui et, conséquemment, qu'un véritable vol ordinaire. Ils deviennent donc non-seulement passibles d'une action civile en restitution et en réparation du préjudice, soit de la part des héritiers, soit de la part des créanciers, mais encore susceptibles d'être criminellement poursuivis et punis comme délits ou crimes, suivant les circonstances qui les ont vus s'accomplir. Ce qui protége, contre un pareil résultat, les détournements imputables à l'héritier, c'est la copropriété qu'il a des objets enlevés, c'est que, par les chances du partage, ils peuvent devenir sa propriété exclusive. Dès que la renonciation est acquise, toute copropriété s'efface, toute chance de devenir possesseur légitime est impossible. Rien ne saurait donc plus excuser le détournement et le recélé dont il se serait depuis rendu coupable. Il s'emparerait évidemment et sciemment de la chose d'autrui. Il n'est donc plus qu'un voleur [1].

Cependant, comme, aux termes de l'article 790, tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre l'héritier renonçant, celui-ci a la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas été déjà acceptée par d'autres, l'auteur du détournement ou du recélé, criminellement poursuivi, pourrait faire tomber l'action en acquérant, par son acceptation, la propriété des choses qu'on l'accuse d'avoir soustraites. Mais cette acceptation ne pourrait être que pure et simple, car le recéleur ne pourrait, dans aucun cas, invoquer le bénéfice d'inventaire dont il est déchu, si le recélé est commis antérieurement à l'acceptation qu'il aurait déclaré vouloir en faire.

Mais rien ne saurait s'opposer aux conséquences légales de la poursuite criminelle si, depuis la renonciation de l'héritier qui en est l'objet, la succession avait été appréhendée soit purement et simplement, soit bénéficiairement par un autre successible.

Si le détournement ou le recélé a précédé la renonciation, l'article 792 devient seul applicable. C'est donc par sa disposition que se trouve exclusivement régi l'auteur de l'un ou de l'autre.

1544. — En conséquence, et par rapport aux tiers créanciers de la succession, il ne peut plus exister de renonciation valable. Celui qui s'empare d'une partie de l'hérédité, qui se l'approprie et en dispose, fait acte d'héritier pur et simple. Il doit donc demeurer tel à tout jamais : *Qui semel hæres, semper hæres*. Les créanciers peuvent donc, nonobstant toute renonciation postérieure, lui demander le payement intégral de ce qui leur est dû, et en poursuivre le recouvrement même sur ses biens personnels [2].

1545. — Mais il n'en est pas de même pour les cohéritiers. Ce que la loi leur attribue principalement, c'est la propriété exclusive, au détriment de l'auteur du recélé, de tout ce qui en a fait la matière. En conséquence, et pour ce qui les concerne, c'est la restitution des objets soustraits qui est le but le plus important. Aussi peuvent-ils se borner à poursuivre et à obtenir cette restitution, sans s'occuper de la renonciation qui a suivi le détournement au maintien de laquelle ils peuvent avoir intérêt.

Sans doute cet intérêt ne se réalisera pas dans une succession obérée, dans laquelle l'actif sera insuffisant ou presque insuffisant pour éteindre

[1] Merlin, v° *Recélé*, n° 2; Chabot, sur l'art. 792, nos 3 et 4; Toullier, t. IV, n° 350; Duranton, t. VI, n° 482; Favard, v° *Renonciation*, n° 18.

[2] *Vid. infrà*, n° 1565.

le passif. Mais, dans cette hypothèse même, si quelqu'un a intérêt à faire déclarer l'auteur des détournements héritier pur et simple, ce sont les créanciers bien plutôt que les cohéritiers.

Ceux-ci auraient même un intérêt contraire si, toute dette payée, la succession offrait un solde de ressources à diviser entre les cohéritiers. Il est évident dans ce cas que la part de chacun sera plus forte, si le nombre des copartageants est moindre. Chacun d'eux a dès lors un intérêt manifeste à réduire ce nombre, et à laisser en dehors de la succession celui d'entre eux qui s'en est volontairement exclu par sa renonciation.

Il est vrai que celui-ci ne participerait, dans aucun cas, au partage de tout ce qu'il avait détourné; mais, s'il redevient héritier, il prendra sa part des autres ressources héréditaires. Il y aurait donc, dans cette hypothèse, avantage pour lui de revenir sur sa renonciation, à reprendre cette qualité d'héritier qu'il n'avait répudiée peut-être que pour mieux assurer la réussite de ses frauduleux desseins, que pour empêcher la recherche et la découverte des détournements dont il a été convaincu.

Or, cet avantage, il doit dépendre exclusivement de ses cohéritiers de le lui conférer ou non. Nous ne pouvons admettre que ceux-ci se bornant à lui demander la restitution des objets soustraits, il fût recevable à réclamer de son chef, et contre leur résistance, la qualité d'héritier. Un pareil droit serait inconciliable avec le véritable caractère de l'article 792. La qualité d'héritier n'est conférée par cet article qu'à titre de pénalité. Dès lors son application doit être souverainement abandonnée à l'appréciation de ceux appelés à en profiter.

Conséquemment, si les cohéritiers victimes du détournement se bornent à demander, contre son auteur, la restitution des choses sur lesquelles il a été exercé, s'ils ne poursuivent pas l'annulation de la renonciation, celle-ci reste valable en ce qui les concerne, et continue de produire tous ses effets. L'héritier convaincu ne pourrait s'en faire relever qu'en se fondant sur sa propre fraude, et on le sait : *Nemo auditur allegans propriam turpitudinem.*

Ainsi, l'auteur du détournement peut être héritier pur et simple vis-à-vis des créanciers, étranger à la succession à l'endroit de ses cohéritiers. Cette double position, quelque anormale qu'elle paraisse, est la juste conséquence de ce principe, à savoir : que chaque partie lésée a seule qualité pour poursuivre, dans la limite de son intérêt, la réparation qu'elle croit lui convenir. Or, le détournement frauduleux préjudicie aux créanciers, aux héritiers. Chacun d'eux a dès lors qualité pour en poursuivre la répression. L'action des uns est indépendante de l'action des autres. La même indépendance doit se retrouver dans ses conséquences, qui ne peuvent et ne doivent être appréciées qu'au point de vue de l'avantage personnel de celui qui l'intente. Or, les créanciers peuvent avoir intérêt à ce que le recéleur soit déclaré héritier pur et simple. Ils ont le droit de le faire reconnaître comme tel en ce qui les concerne. Les héritiers peuvent avoir un intérêt contraire, et rien ne les empêche dès lors de respecter la renonciation et de la faire maintenir.

Mais ils seront tenus de subir toutes les conséquences de son maintien. Ainsi, l'héritier exclu qui aurait payé les dettes de la succession, parce que les créanciers l'auraient fait déclarer héritier pur et simple, aurait son recours contre les biens de la succession. Ce recours, qui ne serait que relatif à la part et portion de chaque cohéritier et prélèvement fait de ce qu'il aurait eu lui-même à payer s'il n'avait pas renoncé, pourra être exercé pour la totalité des sommes payées, puisque, la renonciation devant sortir à effet, il est affranchi de toute participation aux charges.

1546. — Il en est du recélé en matière de succession comme de celui réalisé dans la liquidation d'une communauté. Ce qui le constitue essentiellement, ce n'est pas tant la détention matérielle de l'objet que son caractère, que l'intention à laquelle elle se rattache. Chacun peut se tromper sur la nature de son droit et croire avoir raison lorsqu'il a réellement tort. Ainsi, si la possession querellée a toujours été ostensible, patente; si elle est fondée sur une prétention plus ou moins plausible, il n'y a ni détournement, ni recélé, alors même que le possesseur aurait été condamné à recombler. La loi ne punit les mauvaises chicanes que par la condamnation aux dépens auxquels elles donnent lieu. L'article 792 leur demeure dans tous les cas inapplicable.

1547. — Au reste, en matière successorale, la loi ne s'est point bornée à réprimer la fraude. Elle permet en outre de la prévenir, par la faculté de placer tout l'actif sous la main de la justice. C'est dans ce sens qu'elle donne aux héritiers le droit de requérir l'apposition des scellés avant même l'inhumation de leur auteur décédé.

L'intérêt des créanciers du défunt à empêcher toute dilapidation du gage de leurs créances n'est pas moindre que celui des cohéritiers. L'article 820 a donc consacré pour eux le droit

de requérir l'apposition des scellés que les héritiers auraient négligé de faire apposer.

Si cette négligence n'a pas été commise, les créanciers qui désireront surveiller l'inventaire peuvent, aux termes de l'article 821, s'opposer à la levée des scellés.

L'apposition des scellés est un fait grave par les conséquences dont il peut grever la succession. Mais lorsqu'elle a été effectuée, l'opposition à leur levée, n'ayant pour résultat que d'appeler l'opposant à l'inventaire, n'avait qu'une importance bien moindre. Aussi la loi, qui exige pour l'apposition un titre authentique ou une permission du juge, permet-elle l'opposition à tous ceux qui se prétendent créanciers, quel que soit d'ailleurs leur titre, et sans permission préalable.

1548. — Enfin, l'inventaire peut également intéresser les créanciers personnels des héritiers. Devaient-ils également avoir la faculté de former opposition à la levée des scellés? On avait d'abord prétendu le leur contester, sur le motif que les articles 820 et 821 ne s'appliquaient qu'aux créanciers de la succession. Mais la jurisprudence paraît se ranger à l'opinion contraire, et, il faut le dire, ce n'est pas sans raison.

En droit, le législateur a prévu la réalisation de l'opposition par les créanciers personnels des héritiers. L'article 934 du Code de procédure civile le prouve de la manière la plus évidente, en indiquant la position que ces créanciers doivent occuper dans l'inventaire.

En raison, leur admission à l'exercice de ce droit est commandée par la nécessité légitime d'éviter une involution de procédures et, conséquemment, l'exposition de frais inutiles. En effet, le créancier de l'héritier trouverait, dans les articles 1166 et 1167, le droit qu'on lui refuserait directement. Mais pour se faire subroger à son débiteur ou pour établir que sa conduite est une fraude à ses propres droits, il faudrait une dépense de temps et d'argent qu'il est prudent d'épargner au créancier et au débiteur.

Ainsi, les créanciers personnels de l'héritier peuvent, comme ceux de la succession, soit requérir l'apposition des scellés, soit s'opposer à leur levée. Les effets de l'une et de l'autre sont de les rendre parties nécessaires à l'inventaire. Toutefois l'importance d'un acte qui va scruter toutes les affaires d'une famille, en dévoiler tous les secrets, devait modifier, dans l'exécution, le droit acquis par les uns et par les autres. C'est ce que règlent les articles 932 et suivants du Code de procédure.

1549. — Les créanciers de la succession ne peuvent assister, soit en personne, soit par un mandataire, qu'à la première vacation. Quel que soit leur nombre, ils ne peuvent être représentés aux vacations suivantes que par un seul mandataire, désigné par le juge de paix, dans le cas où ils n'auront pu arrêter eux-mêmes le choix.

Les créanciers des successeurs qui se sont opposés, pour la conservation des droits de leur débiteur, n'ont pas même le droit d'assister à la première vacation, ni celui de concourir à la nomination du mandataire qui devra les représenter; le choix en appartient exclusivement au juge de paix. Ainsi se concilient l'intérêt qu'ont les créanciers à l'exactitude et à la fidélité de l'inventaire, et celui que peut avoir la famille à ce que le secret de sa position ne soit que le moins possible divulgué.

1550. — Aux termes de l'article 882, les créanciers personnels ont le droit d'intervenir au partage pour en surveiller la sincérité en ce qui concerne leur débiteur. Ils peuvent, avant d'être mis à même de réaliser cette intervention, contraindre les copartageants à les y appeler en leur notifiant une opposition à ce qu'il y soit procédé hors leur présence et sans leur concours.

L'intérêt des créanciers d'assister au partage ne saurait être douteux. Ainsi, celui à qui le successeur a hypothéqué un immeuble de la succession verra son hypothèque maintenue ou anéantie, selon que cet immeuble sera ou non attribué à son débiteur. Or, indépendamment des chances naturelles du tirage au sort, il peut se faire que, dans le dessein d'échapper à sa dette, le successeur collude avec ses cohéritiers et que, par un prétendu tirage d'avance concerté, le lot qui lui obviendra ne comprenne que du mobilier. La présence du créancier tendant à prévenir cette fraude, pouvant déterminer la formation des lots de telle manière que chacun d'eux comprenne des biens de toute nature, avait pour lui une telle importance, qu'il n'était pas possible de la méconnaître. De là la faculté concédée par l'article 882.

1551. — Ainsi, le créancier personnel du cohéritier peut intervenir au partage. Il peut, dès l'ouverture de la succession, s'opposer à ce qu'il y soit procédé sans lui. Cette opposition l'y rend partie nécessaire à tel point que le partage opéré hors sa présence et au mépris de l'opposition régulièrement formée devrait être annulé sur la demande qu'il en ferait.

Méconnaître l'opposition, c'est faire présumer la fraude, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire. Quel autre motif que celui de

frauder le créancier opposant pourrait-on alléguer à l'appui du partage, auquel, malgré son opposition, on n'a pas voulu l'appeler? Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'opposition ait été signifiée à tous les copartageants sans exception. Si un seul d'entre eux n'avait pas reçu cette notification, le partage devrait être validé. On n'aurait, en effet, aucun reproche à lui faire, car il n'a pu avoir égard à une opposition qu'il ne connaissait pas. Il a donc agi de bonne foi, et cette bonne foi profite à ses cohéritiers. Un partage est indivisible; il ne peut être valable pour l'un, nul pour les autres. Conséquemment, s'il doit être maintenu à l'endroit d'un des copartageants, il doit l'être pour tous.

1552. — A défaut d'opposition et d'intervention, les créanciers des cohéritiers pourront-ils attaquer le partage consommé?

Cette question paraît résolue par le texte même de l'article 882. Cependant elle ne laisse pas que d'être fortement agitée et de diviser même la jurisprudence.

Pour l'apprécier et la résoudre sainement, il importe de rappeler quelques principes, d'établir quelques distinctions.

En principe, les créanciers trouvent, dans les articles 1166 et 1167, le germe d'une double action. Ils peuvent, en vertu du premier, agir au nom de leur débiteur et faire valoir les droits qu'il pourrait faire valoir lui-même; ils peuvent, en force du second, agir en leur nom et attaquer directement tout ce qui a été fait en fraude de leurs droits. Dans le premier cas, ils peuvent être repoussés par toutes les exceptions opposables au débiteur lui-même; dans le second, les moyens péremptoires contre celui-ci ne pourraient pas même leur être opposés.

En vue de laquelle de ces deux actions la loi a-t-elle accordé le droit de s'opposer ou d'intervenir au partage? Ce ne peut être évidemment pour celle se fondant sur l'article 1166. La conduite du créancier est sans influence sur les actions et les droits personnels au débiteur; que le créancier intervienne ou non, le débiteur ne saurait, dans aucun cas, être privé de l'exercice des uns ou des autres, si d'ailleurs il est fondé à le requérir. Ce n'est donc qu'en vue de l'action basée sur l'article 1167 que le droit de s'opposer ou d'intervenir a été conféré. C'est même ce qui est écrit formellement dans l'article 882 : *Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, etc...*

Mais la fraude, dans ce sens, peut n'être imputable qu'au débiteur. Dans l'intention d'échapper à l'action du créancier, il ne s'est pas suffisamment défendu, il n'a pas demandé des rectifications qu'il devait obtenir, il a accepté une formation de lots inégale, quant à la nature des biens, et consenti un partage d'attribution alors qu'il pouvait exiger le tirage au sort. Or, tout cela peut se réaliser sans qu'il en résulte nécessairement aucune idée de fraude chez ses copartageants.

La fraude peut, dans d'autres circonstances, avoir été concertée et simultanément accomplie par tous les copartageants. Cette double hypothèse ne doit pas, à notre avis, être négligée dans l'appréciation de la solution que la question doit recevoir.

Ainsi l'action du créancier, attaquant le partage après sa consommation, peut avoir un triple objet : 1° l'exercice d'un droit personnel au débiteur; 2° la réparation de la fraude de celui-ci; 3° celle d'une fraude concertée et commune à tous les copartageants.

Dans la première hypothèse, il importe peu que le créancier ait ou non fait opposition, qu'il soit ou non intervenu; son action ne saurait être repoussée que par les fins de non-recevoir opposables au débiteur lui-même. Évidemment, si celui-ci dirigeait personnellement l'action, on ne pourrait lui opposer l'abstention de son créancier. A quel titre l'opposerait-on au créancier lui-même? Est-ce que, dans cette hypothèse, ce n'est pas le débiteur qui est seul en cause? C'est donc au point de vue de sa qualité qu'il faut apprécier le litige. Il suffit donc qu'il pût lui-même faire valoir le droit mis en question pour que son subrogé le puisse incontestablement.

C'est ce que Chabot enseigne expressément : « Le créancier qui n'a formé ni opposition, ni demande en intervention, quoique non recevable à attaquer le partage de son chef, peut l'attaquer du chef de son débiteur, en vertu de l'article 1166 du Code civil, car les droits conférés aux créanciers par l'article 882 et ceux conférés par l'article 1166 sont fort différents [1]. »

Nous trouvons dans la jurisprudence de fréquents exemples d'application de cette doctrine. La cour d'Aix l'a consacrée, le 30 novembre 1833, dans une hypothèse où le partage était querellé de lésion par le créancier de la partie lésée. On voulait repousser cette action par application de l'article 882, le créancier n'ayant formé ni opposition, ni intervention. Mais cette fin de non-recevoir fut écartée par l'arrêt. « Attendu, dit la

[1] *Des Successions*, art. 882; Delvincourt, t. II, p. 378, note 2; Duranton, t. VII, n° 509.

cour, que les actes querellés ne le sont que sous le rapport et le fondement de la lésion qu'ils auraient occasionnée, par l'excessive estimation des biens de la succession d'Isnard, à Gauthier, son héritier contractuel, et, par suite, aux créanciers de ce dernier; que ledit Gauthier aurait action pour les quereller par ce motif, d'après la disposition de l'article 887 du Code civil; et que la demoiselle Firminy, sa créancière, a pu, dès lors, en vertu de l'art. 1166, le faire elle-même en exerçant cette action de son débiteur [1]. »

La même question, s'étant depuis présentée à la cour de Nîmes, y a reçu une solution identique, par arrêt du 5 juillet 1848 [2].

Ainsi, cette première hypothèse ne présente aucune difficulté sérieuse. L'admissibilité de l'action des créanciers n'est d'ailleurs que la conséquence d'un principe d'une application usuelle en droit, à savoir : qu'une personne non recevable, en une qualité, à exercer une action, déclarée même telle par un jugement définitif, peut très-bien exercer la même action en une autre et nouvelle qualité.

La seconde hypothèse ne fait pas plus de difficulté que la première. Le créancier, prétendant agir en force de l'article 1167 et arguant de la fraude de son débiteur, ne serait recevable à attaquer le partage consommé que s'il s'y est opposé. En l'absence de toute opposition, de toute intervention, l'article 882 le repousse définitivement. Il ne peut se plaindre d'une fraude qu'il a pu prévenir et qu'il n'a pas voulu empêcher, ni rendre victimes de sa négligence ceux dont la bonne foi n'est pas même suspectée.

La troisième hypothèse, au contraire, fait naître les plus grands doutes. Un grand nombre d'auteurs estiment que le défaut d'opposition ou d'intervention crée une fin de non-recevoir insurmontable contre toute attaque, même fondée sur la fraude concertée [3]. Si l'article 882 ne s'appliquait pas à cette fraude, disent les annotateurs de Zachariæ, à quel cas s'appliquerait-il donc?

La jurisprudence s'est profondément divisée sur cette difficulté. On peut consulter, en sens inverse, les arrêts indiqués par Dalloz jeune au *Dictionnaire général* et au *Supplément*, v° *Partage*, n°s 118 et suivants.

Il faut en convenir, ceux qui soutiennent la fin de non-recevoir semblent se prévaloir, avec raison, des textes des articles 1167 et 882. Le premier, permettant aux créanciers d'attaquer les actes frauduleux faits par leurs débiteurs, ajoute : « Ils doivent, quant à leurs droits énoncés au titre *des Successions*, se conformer aux règles qui y sont prescrites. » Dès lors, cette disposition s'interprète par l'article 882, et l'opposition au partage est la condition de l'action en révocation pour fraude. Le Code a donc donné aux créanciers le moyen de prévenir la fraude plutôt que d'offrir seulement, à l'exemple du droit romain, le moyen d'en obtenir la réparation.

Ainsi la loi, si jalouse, dans tous les cas, d'atteindre et de réprimer la fraude, l'aurait donc, dans une hypothèse donnée, protégée expressément. Nous l'avouons, cette seule considération nous met en garde contre l'interprétation donnée à sa pensée. Faut-il, d'ailleurs, aller jusque-là pour se rendre raison de la disposition de l'article 882? Nous ne le pensons pas.

Ce qui résulte pour nous de sa disposition, c'est que dans le cas d'une opposition de la part d'un créancier, son droit d'attaquer le partage est illimité, sans condition autre que de justifier son intérêt. Il n'a donc pas même besoin d'articuler et moins encore de prouver la fraude; il lui suffit d'établir que le résultat est préjudiciable à ses intérêts. Ce préjudice peut être indépendant de toute fraude, nous l'avons déjà indiqué, et, sous ce rapport, l'article 882 est une véritable exception, en faveur du créancier, au principe de l'article 1167.

Il est certain, en effet, qu'à l'endroit de celui-ci le préjudice que le créancier éprouverait de l'acte attaqué est fort indifférent à la question de sa validité, en ce sens que, démontré qu'il soit, l'acte ne sera pas nul. Pour atteindre à cette nullité, le créancier sera tenu de prouver l'intention de fraude chez le débiteur, la complicité dans la fraude chez le tiers. A défaut de celle-ci, la fraude du premier manifestement certaine ne pourra déterminer le succès de la demande en nullité ou rescision.

C'est ce que la loi n'a pas voulu admettre en matière de partage. Il est une hypothèse où l'existence seule du préjudice entraînera la nullité malgré la bonne foi des tiers, malgré celle du débiteur lui-même. Cette hypothèse se réalisera lorsque le partage aura été fait au mépris de l'opposition que les créanciers y auraient formée.

[1] D. P., 38, 2, 196.
[2] D. P., 48, 2, 147.
[3] Chabot, *loco citato;* Duranton, *idem;* Chardon, t. II, n° 200; Zachariæ, t. IV, p. 426, note 41, et les arrêts cités.

Conséquemment, si cette condition n'a pas été remplie par les créanciers, que faudra-t-il en conclure? Que l'exception à l'article 1167 disparaîtra, et qu'il faudra revenir au droit commun que cet article trace, c'est-à-dire que l'existence du préjudice ne sera plus suffisante; que la preuve de l'intention frauduleuse du débiteur, jointe à ce préjudice, ne fera pas annuler le partage; qu'à ce préjudice, qu'à la fraude du débiteur, devra se réunir la preuve de l'intention frauduleuse des tiers ayant concouru à l'acte.

En d'autres termes, l'absence de l'opposition replace les parties sous l'empire exclusif de l'article 1167. En conséquence, voir dans cette absence l'exclusion de toute application de cet article, c'est étrangement s'abuser sur la pensée du législateur, c'est convaincre la loi d'immoralité, c'est admettre l'impossible.

Que le créancier soit puni de sa négligence, on le comprend; mais la peine n'est-elle pas assez grave, lorsque celui qui pouvait faire annuler le partage, en établissant seulement le préjudice qu'il en éprouve, sera obligé de prouver la fraude de son débiteur, la complicité des autres parties contractantes. Cette preuve est-elle toujours possible? est-elle dans tous les cas si facile pour que le créancier n'ait pas à courir de graves chances d'insuccès? Faut-il, indépendamment du danger qu'il a volontairement assumé, le soumettre à subir tous les effets d'une fraude certaine et concertée? Nous ne saurions l'admettre.

Comment d'ailleurs concilier ce résultat avec les documents législatifs? Il est vrai qu'on a reconnu qu'il ne fallait pas, dans l'intérêt des familles, laisser trop longtemps en suspens le sort des partages. Mais de là à consacrer ce qui ne serait que le résultat de la fraude, il y a encore fort loin, et ce qui prouve que le législateur n'a pas voulu franchir cette distance, c'est Treilhard expliquant en ces termes l'article 882; les créanciers, qui n'ont pas formé opposition, ne peuvent attaquer un partage FAIT SANS FRAUDE. Ils pourront donc attaquer, s'il y a fraude.

La doctrine contraire, outre qu'elle serait une véritable prime pour la fraude, arriverait de plus, dans tel cas donné, à cet inique résultat qu'un créancier aurait irrévocablement perdu son droit avant même d'avoir connu qu'il était à même de l'exercer. Telle serait l'hypothèse d'un partage secrètement exécuté le jour même ou le lendemain de la mort de l'auteur. Ce serait là, dira-t-on, une fraude; oui, sans doute, mais qu'importe, si, à défaut d'opposition, la fraude même concertée ne peut être un motif de revenir contre le partage?

Ainsi si, à défaut d'opposition, le partage consommé n'est plus attaquable, ce ne peut être que lorsque les copartageants ont été de bonne foi. Alors il importera fort peu que le débiteur ait ou non agi en fraude des droits de son créancier; la loyauté de la conduite des autres contractants mettra le partage à l'abri de toute attaque. C'est cette doctrine que la cour de Toulouse a consacrée par arrêt du 8 décembre 1830.

« Attendu, dit-elle, que l'article 882 n'est point une exception à la règle de l'article 167; qu'il n'est applicable qu'au cas où le débiteur seul aurait usé de fraude, envers ses créanciers, dans un acte de partage avec d'autres communistes qui auraient agi de bonne foi; qu'alors, après le partage consommé, les créanciers ne peuvent plus le quereller [1]. »

Dans ce système, le créancier est puni de sa négligence, sans que les complices de la fraude soient récompensés de leur odieuse conduite. Cela nous paraît beaucoup plus rationnel et partant plus juridique.

Ainsi, en cas de fraude commune à tous les copartageants, le créancier personnel de l'un d'eux, quoiqu'il ne se soit pas opposé au partage, est recevable à en demander l'annulation. Cette fraude peut être établie par la preuve testimoniale. A cet égard, il convient de remarquer que pour que la demande fût admise, il ne suffirait pas d'articuler cette fraude d'une manière générale, il faudrait qu'en ce qui concerne les non-débiteurs surtout, les faits articulés fussent graves, précis et pertinents. Or, en pareille matière, la pertinence ne s'apprécie pas relativement au plus ou moins de préjudice que le partage occasionnerait aux créanciers. Les faits ne seraient tels que si, indépendamment du préjudice, ils établissaient nettement la connaissance de la fraude du débiteur et l'intention de s'y associer. Tout ce qui n'aurait pas ce double caractère ne serait ni concluant, ni admissible. Il importe, en effet, de bien observer, avec la cour de Montpellier, que si ces expressions, *en fraude de ses droits*, de l'article 882 ne doivent pas être entendues en ce sens que la loi prononce une déchéance contre le créancier non opposant, même lorsque le partage a été fait avec *fraude*, cette déchéance est formelle contre le créancier, lorsque le partage, auquel il ne s'est pas opposé, a été fait seulement *au préjudice de ses droits* [2]. Conséquemment, se borner à offrir

[1] D. P., 31, 2, 66.

[2] Montpellier, 11 juin 1839; D. P., 39, 2, 233.

la preuve de ce préjudice, ce serait demander une preuve inutile et frustratoire, elle devrait dès lors être repoussée.

En résumé, l'article 882 ne déroge à l'article 1167 qu'en ce sens que le créancier opposant, hors la présence duquel le partage aurait cependant été consommé, peut en obtenir la nullité, sans être obligé de prouver la fraude. Celle-ci existe contre toutes les parties par cela seul qu'elles ont procédé au mépris de l'opposition.

A défaut d'opposition, le créancier rentre dans le droit commun en matière de fraude. Il peut encore invoquer l'article 1167, mais il est tenu dans ce cas de se conformer à ses exigences, et en conséquence obligé de prouver que non-seulement le partage préjudicie à ses droits, mais encore que ce préjudice est le résultat de la fraude de son débiteur, et que cette fraude, connue des copartageants, a été partagée par eux. Voilà la seule interprétation de l'article 882 qui soit rationnelle, morale et conséquemment juridique.

1553. — Au reste, et quel que soit le système qu'on adopte, on doit reconnaître que la fin de non-recevoir, tirée du défaut d'opposition, n'est elle-même recevable qu'en tant qu'il s'agit d'un partage sérieux et proprement dit. La loi qualifie cependant de partage tout acte faisant cesser l'indivision. Mais il est évident que si on attribuait à cet acte les effets que l'article 882 attache au partage, le danger de la fraude s'aggraverait de la simulation dont l'acte serait le résultat et le fruit.

Un partage d'ailleurs exige un temps plus ou moins long, que le créancier peut mettre à profit pour réaliser son intervention. L'acte faisant cesser l'indivision n'a besoin que du consentement des deux parties et peut être réalisé avant même que les créanciers soient instruits des droits que leur débiteur est appelé à recueillir. Il était donc matériellement et moralement impossible de les placer l'un et l'autre sur la même ligne et de leur faire produire un effet égal.

Le contraire a donc prévalu et devait prévaloir. L'article 882, dit la cour d'Aix, dans l'arrêt de 1833 que nous indiquions tout à l'heure, ne se rapporte qu'aux actes de partage proprement dits, et faits et passés avec solennités requises, et non aux simples actes qui en tiennent lieu, quand ces actes sont empreints de dol et de fraude, auquel cas, la disposition générale du premier alinéa de l'article 1167 est seule applicable [1] : cette doctrine est celle de Zachariæ.

Un transport de droits successifs, dit Chardon, tient lieu de partage, mais il n'en est pas un. Pour un partage, il y a des formalités à remplir, des délais à observer, une famille entière à réunir : ce sont autant de garanties contre la fraude; c'est sans doute ce qui a déterminé l'exception; tandis que le transport des droits successifs peut se faire au moment même de l'inventaire de la succession par un héritier déloyal, et ce n'est pas en s'abandonnant à une analogie très-imparfaite, que les tribunaux se décideront à ouvrir une porte de plus à la fraude [2]. C'est au reste ce que la cour de cassation a plusieurs fois décidé [3].

Quel que soit donc l'acte faisant cesser l'indivision, et qui, par ce motif, est qualifié partage par la loi, la simulation dont cet acte serait atteint en ferait prononcer l'annulation au profit de celui qui serait exposé à en subir le préjudice. L'article 882 ne se rapportant qu'aux actes de partage proprement dits, et faits et passés avec les solennités requises, il importerait peu que le créancier, demandant cette annulation, eût ou non formé opposition au partage. Aucune fin de non-recevoir de ce genre ne pourrait être opposée dans l'hypothèse d'un partage simulé.

1554. — L'opposition à partage peut être faite expressément par acte séparé, ou dans l'acte même d'opposition à la levée des scellés. Mais, dans un cas comme dans l'autre, elle doit être régulièrement notifiée à tous les cohéritiers. Nous avons déjà dit que l'omission de cette formalité vis-à-vis d'un seul d'entre eux, le constituant en état de bonne foi, rendrait le partage définitif et inattaquable.

L'opposition peut également résulter d'actes annonçant, de la part du créancier, l'intention formelle de ne pas rester étranger aux opérations du partage. La saisie, faite par le créancier du cohéritier, d'un bien appartenant à la succession équivaut à l'opposition à partage de la part du créancier saisissant; il devrait donc être tenu en cause dans les opérations de celui-ci [4].

1555. — Les créanciers qui n'ont pas fait opposition ne sont pas déchus du droit d'intervenir au partage, ils peuvent donc réaliser cette intervention tant que le partage n'est pas consommé. Celle-ci réalisée, ils sont recevables à faire toutes réquisitions, à poursuivre toutes modifications qu'ils croient utiles à leurs intérêts. C'est ainsi qu'il a été jugé que bien qu'avant

[1] D. P., 38, 2, 196.
[2] T. II, n° 262.
[3] Voy. arrêt du 19 janv. 1841; D. P., 41, 1, 83 et la note.
[4] Toulouse, 11 juillet 1829.

l'intervention un jugement ait fixé la quote-part afférente à chaque cohéritier, il suffit que le partage ne soit pas encore consommé pour que les créanciers de l'un d'eux soient recevables à former tierce opposition à ce jugement, eût-il été acquiescé par leur débiteur [1].

1556. — Le partage fait au mépris d'une opposition régulièrement formée doit, nous l'avons dit, être annulé sur la demande des créanciers opposants. Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, que les cohéritiers ne les aient pas appelés en partage. Si le contraire s'était réalisé, et que, sur la notification des actes de la procédure, les opposants eussent négligé de prendre qualité et laissé le partage s'accomplir hors leur présence, toute demande en nullité, par eux ultérieurement formée, devrait être déclarée non recevable [2]. Cette décision est fondée en raison et en droit; le créancier qui a manifesté l'intention de concourir au partage, et qui a été mis à même de la réaliser, ne saurait se plaindre de ce qu'il a dédaigné ou négligé de le faire. Les cohéritiers ne pouvaient rester dans l'indivision, parce qu'il refusait de venir à leur appel. Il suffit que, par la réalisation de cet appel, ils aient eu égard à l'opposition qu'il leur avait notifiée, pour qu'ils soient à l'abri de tout reproche.

1557. — Le créancier qui a formé opposition à ce qu'il fût procédé au partage hors sa présence a-t-il le droit d'attaquer une vente par licitation, même faite judiciairement, mais à laquelle il n'a pas été appelé? Il faut distinguer, dit Chabot, si la vente par licitation a été faite en faveur de l'un ou de plusieurs des cohéritiers, ou si elle a eu lieu en faveur d'un étranger. Au premier cas, la vente par licitation est un véritable partage et conséquemment la disposition de l'article 882 est applicable; au deuxième cas, il n'y a pas de partage; c'est une vente consentie par tous les héritiers conjointement d'une chose qui leur était commune, et qu'ils ont aliénée sans la partager; or ici l'article 882 ne peut recevoir d'application; mais, en ce cas, le créancier conserve contre l'étranger, acquéreur des biens, en prenant hypothèque ou en faisant saisie-arrêt, les droits qu'il avait contre l'héritier son débiteur, jusqu'à concurrence de la portion du prix revenant à cet héritier [3].

C'est aussi ce que la cour de Paris a décidé, par arrêt du 2 mars 1812, cela paraît parfaitement juridique. La nullité d'un partage, fait au mépris d'une opposition expresse, est une conséquence du principe que le tiers vigilant ne doit éprouver aucune atteinte à ses intérêts qu'il a déclaré vouloir personnellement défendre. Il doit donc être appelé au partage, à peine de nullité; mais s'il ne s'agit pas d'un partage, si l'acte querellé n'est qu'un moyen d'arriver à celui-ci, et s'il n'en résulte d'ailleurs aucune attribution en faveur des cohéritiers, il ne peut en résulter pour lui aucun préjudice réel. Le seul pouvant se réaliser, et provenant de la substitution d'une somme liquide à un objet immobilier, est facilement conjuré par la faculté de placer l'acheteur dans l'impossibilité de se dessaisir des fonds qu'il a en mains, et cette impossibilité sera la conséquence d'une inscription hypothécaire dans la quinzaine de la transcription ou d'une saisie-arrêt. La faculté de réaliser l'une ou l'autre suffit donc à l'intérêt actuel du créancier.

1558. — Le créancier de l'usufruit d'une portion de biens indivis entre les cohéritiers et un tiers est, par la nature de son droit, nécessairement intéressé à l'acte de partage destiné à mettre un terme à la possession commune. Il lui importe, en effet, que le lot obvenant au débiteur de l'usufruit ne soit pas d'une valeur moindre que celle qu'il doit avoir. Il a donc incontestablement le droit d'être partie au partage, ce droit n'a pas même besoin d'être dénoncé par une opposition, ou exercé par une intervention. Il n'y aurait de partage régulier que si l'usufruitier s'abstenant d'intervenir, les parties l'avaient appelé à y prendre part.

L'usufruitier est plus qu'un créancier, il est un véritable copropriétaire. En conséquence, le partage auquel il n'a été ni présent ni appelé reste pour lui *res inter alios acta*. Il n'est donc pas tenu de souffrir le préjudice en résultant pour lui, quelque minime qu'il fût d'ailleurs. Le propriétaire foncier n'a pu, par son fait, nuire à ses droits ni les engager de quelque manière que ce soit. Il serait donc toujours recevable à demander un nouveau partage dans son intérêt propre [4].

1559. — L'article 882 confère le droit de s'opposer et d'intervenir aux créanciers d'un copartageant. La généralité de ses termes indique que sa disposition s'applique à tous les créanciers sans exception, et abstraction faite de la nature des titres dont ils sont porteurs. Les créanciers chirographaires peuvent donc l'exercer de

[1] Cass., 4 décembre 1834; D. P., 35, 1, 65.
[2] Cass., 23 janvier 1839; D. P., 39, 1, 159.
[3] *Des Successions*, art. 882.
[4] Proudhon, *de l'Usufruit*, n° 1252.

la même manière que les hypothécaires. Il est, en effet, certain que, quoique n'ayant aucune affectation spéciale sur les biens de leurs débiteurs, les créanciers cédulaires n'en ont pas moins un intérêt très-réel à surveiller les opérations du partage que ce débiteur est appelé à faire. Cet intérêt légitime l'action que nous leur reconnaissons.

1560. — Le droit d'intervenir ou de s'opposer peut-il être revendiqué et exercé par les créanciers de la succession? La négative s'induit du texte de l'article 882. Elle ne résulte pas moins de son esprit. Pour le créancier du copartageant, le partage a une immense portée, car il sera plus ou moins facilement payé, suivant que le lot obvenu à son débiteur sera composé de meubles ou d'immeubles. Il a donc un intérêt évident à empêcher que, soit par collusion, soit par l'effet d'un consentement personnel, ce débiteur se contente de recevoir une somme d'argent facile à soustraire et à consommer. Le même inconvénient ne se présente pas pour le créancier de la succession. Tous les biens de celle-ci répondent de sa créance, et s'il ne peut réclamer à chaque cohéritier personnellement que sa part et portion, il les a obligés hypothécairement pour le tout. Peu lui importe donc que les immeubles passent en telles ou telles mains, son action hypothécaire les suivant contre le possesseur, quel qu'il soit.

Il est vrai qu'on a voulu trouver dans l'action personnelle du créancier le moyen de le placer sous l'empire de l'article 882. Il est réellement créancier de chaque copartageant, a-t-on dit, et dès lors comment lui refuser le droit qu'on accorde au créancier de l'un d'eux. Mais cette objection n'a pas d'autre mérite que celui de donner à la fiction la force qui n'appartient qu'à la vérité. L'article 882 n'a pas voulu multiplier les procédures, augmenter les qualités, et par suite les frais du partage. S'il admet les créanciers des copartageants, c'est qu'ils y ont un intérêt incontestable. Cet intérêt n'existant pas pour les créanciers de la succession, rien ne justifierait le droit qu'ils prétendraient revendiquer [1].

1561. — Nous avons déjà dit que le droit romain admettait que le débiteur pût agir en fraude de ses créanciers, dans les aliénations qu'il consentait de son patrimoine acquis et actuel, et non dans l'omission d'acquérir, ou le refus qu'il faisait d'augmenter ce patrimoine. C'est ce que le Digeste exprimait formellement : *Non fraudatur cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis diminuatur* [2].

Mais cette doctrine n'avait pas été suivie par notre ancienne jurisprudence. Sous son empire, les créanciers eurent le droit de se plaindre du refus ou de l'omission d'acquérir, comme de l'aliénation elle-même. En conséquence, ils étaient autorisés par un usage constant, dans le cas d'une renonciation, à exercer les droits de leur débiteur auquel ils se faisaient subroger. D'abord, ils le faisaient condamner à se porter héritier, en lui donnant caution de le garantir et indemniser si les dettes absorbaient la succession. Dans la suite, on les subrogea purement au lieu et place de leur débiteur, et ainsi disparut leur obligation de donner caution.

C'est ce dernier système que le Code a consacré. L'article 788 porte, en effet : « Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser par justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, et en son lieu et place. »

Cette doctrine est plus rationnelle que celle adoptée par le législateur romain. En effet, que le débiteur se rende insolvable par des aliénations, ou que, l'étant déjà, il refuse le moyen qui s'offre à lui de satisfaire ses créanciers, le résultat est le même à l'endroit de ceux-ci. Victimes dans le premier cas, ils ne le sont pas moins dans le second ; pourquoi ne pas leur accorder dans l'un ce qu'on leur accorde dans l'autre ? Une pareille anomalie, que rien ne justifiait d'ailleurs, a donc été justement proscrite [3].

1562. — Ce qui résulte de ces expressions de l'article 788, *au préjudice de leurs droits*, substituées à celles de l'article 1167, *en fraude de leurs droits*, c'est que, quels que soient les motifs qui ont dirigé le débiteur, il suffit que sa renonciation ait occasionné un préjudice aux créanciers pour que ceux-ci soient admis à se faire subroger à ses droits, et à accepter en son lieu et place. La preuve de ce préjudice est donc péremptoire, et c'est à sa production que se bornent les obligations des créanciers.

Or, quel peut être le préjudice dont la répudiation d'une succession peut être l'occasion à l'endroit des créanciers ? Évidemment on ne peut en prévoir un autre que celui d'être exposés à perdre tout ou partie de leurs créances. Dès lors on est logiquement amené à cette con-

[1] Malpel, *des Successions*, n° 251.
[2] L. 6, § 2, *de his quæ in fraud. credit.*
[3] *Vid. infrà*, nos 1567 et suiv.

séquence que, si le payement intégral de ces créances est assuré par les biens actuellement possédés par le débiteur, la demande en subrogation ne serait ni recevable ni fondée.

Sans doute le juge à qui l'autorisation est demandée, et qui a à prononcer sur la requête qui lui est présentée à cet effet, n'a ni le moyen ni le devoir de s'assurer si les ressources que possède le renonçant suffisent ou non pour l'extinction de ses dettes. Mais il en est de son autorisation comme de toutes les décisions rendues sur requête et sans contradictions des parties intéressées. Elle ne peut jamais créer contre celle-ci l'autorité de la chose jugée. Cette autorisation n'empêchera donc pas l'héritier appelé à recueillir le bénéfice de la renonciation du débiteur de contester l'opportunité de la subrogation demandée, et d'exiger même, comme condition essentielle à sa réalisation, la preuve de l'insolvabilité du renonçant, et conséquemment la discussion préalable de ses biens personnels, indépendants de ceux de la succession.

1563. — Cette doctrine enseignée par un grand nombre d'auteurs, et notamment par Toullier, est critiquée par Chardon. L'obligation d'une discussion préalable, dit ce dernier, et celle de rapporter la preuve de l'insolvabilité du débiteur, sont des obligations qu'arbitrairement on impose aux créanciers, sans que la loi ait un seul mot qui puisse l'autoriser [1].

Nous ne pouvons admettre cette critique, qui a surtout le tort de méconnaître les principes généraux réglant l'exercice de l'action révocatoire. Que le créancier exerce réellement celle-ci lorsqu'il veut être autorisé à accepter une succession à laquelle son débiteur a renoncé, c'est ce qui ne saurait être contesté, au moins à l'endroit de celui à qui la renonciation fera déférer la succession, et qui se trouve par là frustré de son émolument jusqu'à concurrence de ce qui est dû aux créanciers poursuivant la subrogation. Attaqué à cet effet, on ne saurait donc lui refuser le droit d'exciper de tous moyens capables de faire repousser la demande, et notamment de celui si péremptoire du défaut d'intérêt. Or, ce moyen existerait évidemment si le débiteur renonçant était en position de désintéresser ses créanciers. N'est-ce donc pas à lui qu'incombe tout d'abord le droit de payer ses dettes ?

D'ailleurs l'article 788 n'autorise l'action en subrogation des créanciers qu'en tant que la renonciation a été faite au préjudice de leurs droits. Or, quel est le préjudice dont ils devront se plaindre et justifier l'existence si, indépendamment des biens de la succession, le débiteur a par-devers lui de quoi les satisfaire intégralement ?

Loin donc d'être contraire à la loi, ainsi que le lui reproche Chardon, la doctrine enseignée par Toullier est la seule juridique, la seule faisant une juste et saine application des principes généraux de la matière. On doit donc ne pas hésiter à l'accueillir et à admettre avec elle que la preuve de l'insolvabilité du débiteur, et partant la discussion préalable de ses biens, est la condition indispensable pour la recevabilité de la demande en subrogation, à l'effet d'accepter la succession à laquelle il a renoncé [2].

1564. — L'action de l'article 788 est exclusivement réservée en faveur des créanciers personnels du cohéritier. Les créanciers de la succession n'en ont nul besoin. Pour ce qui les concerne, en effet, il n'arrivera jamais que ce que voici :

Ou l'héritier renoncera à la succession pour se débarrasser des ennuis ou des soucis d'une liquidation plus ou moins difficile, et cela n'empêchera pas que l'actif héréditaire ne demeure le gage des créanciers auxquels il se trouve affecté. Ces créanciers poursuivront donc leur remboursement soit contre l'héritier succédant au renonçant, soit contre le curateur qu'ils feront nommer à la succession, si elle demeure vacante ;

Ou la renonciation aura été précédée, accompagnée ou suivie d'actes simulés, tendant à faire parvenir, entre les mains des renonçants, les biens de la succession que la renonciation aura pour effet d'affranchir de toute contribution aux dettes. Dans ce cas, les créanciers feront non-seulement annuler cette renonciation, mais encore déclarer les renonçants héritiers purs et simples, et, comme tels, tenus du payement intégral de ce qui leur est dû.

1565. — L'espèce suivante va nous offrir un remarquable exemple de cette fraude et des effets juridiques qu'elle produit.

En l'an IX, Alvery avait vendu tous ses biens, meubles et immeubles, à Louis Rieu, son beau-père. Il décéda en 1809, laissant pour héritiers deux enfants mineurs, Marie et Jean. En 1811, Rieu céda à Marie Alvery tous les biens qu'il avait acquis en l'an IX. De son côté, Marie, s'étant mise en possession des biens, souscrivit une obligation en faveur de son frère. Puis, conjoin-

[1] T. II, n° 265.

[2] Bourges, 19 décembre 1821; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. IV, n° 2400.

tement l'un et l'autre renoncèrent à la succession de leur père Alvery.

En cet état, les créanciers de la succession soutiennent que l'acte de renonciation est nul comme frauduleux, et que les enfants Alvery sont personnellement tenus des dettes de leur père. La cour de Nîmes, saisie de la contestation, consacre ce double système. Voici les motifs de l'arrêt :

« Attendu que toutes les circonstances de la cause concourent à établir que les actes des 15 nivôse et 13 ventôse an IX furent concertés entre Alvery et Louis Rieu pour mettre les biens du premier à couvert des répétitions des créanciers, sous le nom d'un acquéreur simulé ; que cette vérité s'évince surtout de la date de ces actes (suivent les présomptions de simulation) ;

« Attendu que des cessions évidemment simulées, de même que des ventes consenties à Louis Rieu, il résulte que les enfants d'Alvery ont participé à la fraude de leur père ; Marie, par la cession qui lui fut faite le 17 janvier 1811, de l'utilité des ventes faites à Louis Rieu, et par sa mise en possession des biens meubles et immeubles délaissés par son père ; Jean, par l'obligation de 2,000 francs qui lui fut souscrite, le même jour, par sa sœur, et qui ne peut avoir d'autre cause que le partage, entre les deux enfants, de la succession du père commun ;

« Attendu que les enfants Alvery, ainsi mis en possession de tous les biens meubles et immeubles délaissés par leur père, ne sauraient exciper de la répudiation par eux faite de la succession, le 26 janvier 1812, et que la fraude évidente qui a présidé à cette répudiation doit la faire écarter de la cause, sous le double rapport de l'acceptation de l'hérédité par l'effet de la prise de possession des biens et du divertissement des effets de cette succession au moyen des actes simulés qui ont été rappelés [1]. »

Comme on le voit, la fraude dans cette espèce datait de loin. C'était le père qui, bien avant l'ouverture de la succession, l'avait préparée, en se procurant, par une interposition de personne, le moyen de faire arriver ses biens à ses enfants, de manière à ce qu'ils fussent exonérés des dettes. Mais l'adhésion donnée à cette fraude par les enfants devenus majeurs, et, après l'ouverture de la succession, le profit qu'ils voulaient en retirer, rendait inévitable le résultat consacré par la cour de Nîmes.

Ce résultat n'eût pas différé si la répudiation avait précédé la rétrocession et la mise en possession au lieu de les suivre. En effet, la constatation de la fraude annule l'acte qui en est entaché dès son origine. Il est censé n'avoir jamais existé. Dès lors et dans l'espèce, la simulation des ventes de l'an IX produisait ce résultat, que la propriété et la possession prétendues n'avaient pas cessé de reposer sur la tête d'Alvery, et son décès arrivant, ses héritiers en avaient été légalement et directement saisis. A dater de ce moment aussi, ils avaient été investis de la qualité d'héritiers, et quelque prolongée que fût la possession apparente de l'acquéreur interposé, elle ne pouvait dans aucun cas amnistier la fraude.

Ainsi, l'article 788 régit exclusivement les créanciers du cohéritier. L'action qu'il consacre est pour eux d'une évidente utilité. En effet, la renonciation enlève à leur débiteur toute participation aux biens de la succession et les prive par là de tout espoir, de toute possibilité d'appliquer au payement de ce qui leur est dû la portion qu'il était appelé à recueillir. Il était donc juste de les protéger efficacement contre un refus d'acceptation, n'ayant peut-être d'autre motif que de leur arracher cette ressource.

1566. — Ce caractère spécial de l'article 788 amène à cette conséquence que les seuls créanciers admissibles à en invoquer le bénéfice sont ceux dont les droits sont antérieurs à la renonciation. Cette antériorité exige donc que la créance résulte soit d'un titre authentique, soit d'un titre privé ayant acquis date certaine avant l'époque de la répudiation. Celui qui est appelé à profiter de celle-ci n'est, dans aucun cas, l'ayant cause du renonçant. On ne pourrait donc pas prétendre que le titre fait contre lui foi de sa date, comme il le ferait à l'endroit du débiteur.

Quant aux créanciers postérieurs à la renonciation, il est évident qu'ils ne sauraient être admis à la quereller. Comment pourraient-ils, en effet, prétendre qu'elle préjudicie à leurs droits qui n'existaient pas encore? D'ailleurs, il ne leur était pas permis d'ignorer la condition de celui avec qui ils traitaient ; et par cela seul qu'ils ont consenti à le faire en l'état de sa répudiation, ils se sont définitivement interdit tout moyen de s'y soustraire.

1567. — Cette règle est cependant susceptible de deux exceptions. La première : si la somme prêtée postérieurement a servi à éteindre une créance antérieure. La subrogation qui s'opère dans ce cas a fait passer sur la tête du nouveau créancier tous les droits que l'ancien pouvait exercer ; la seconde : si la cause de la créance

[1] Nîmes, 9 juillet 1825.

postérieurement réglée remontait à une époque antérieure à la répudiation.

1568. — L'acceptation des créanciers, au lieu et place de leur débiteur, ne relève pas celui-ci des effets de la répudiation. C'est ce qui est textuellement prévu par le second paragraphe de l'article 788. La nullité de la répudiation n'est admise qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leur créance.

De là deux conséquences :

1569. — 1° L'offre faite par le successible appelé à profiter de la renonciation du débiteur, et à en recueillir les bénéfices, de payer les créanciers poursuivants rendrait sans objet l'application de l'article 788. Les créanciers seraient dès lors sans intérêt à la subrogation et privés, conséquemment, de tout moyen de l'obtenir. Le but de cette subrogation n'étant que le payement des dettes, elle deviendrait inutile par la réalisation immédiate de ce payement.

1570. — 2° Quel que soit l'effet de la liquidation opérée par suite de leur acceptation, les créanciers ne pourraient rien retenir au delà de ce qui leur est dû en capital et intérêt. Tout ce qui excéderait, prélèvement fait des frais de la liquidation, appartiendrait aux cohéritiers du renonçant, ou au renonçant lui-même, si aucun autre successible n'avait appréhendé la succession.

1571. — Le payement des dettes, étant une charge naturelle de la succession, incomberait incontestablement aux successeurs irréguliers appelés à défaut de parents au degré successible. Aucun doute ne s'élèvera sur ce point, en ce qui concerne le conjoint survivant ou l'État.

Mais la position exceptionnelle de l'enfant naturel exige que nous entrions dans quelques détails, quant aux droits que les créanciers peuvent être appelés à exercer contre lui.

Aux termes de l'article 758, l'enfant naturel est apte à recueillir l'intégralité des biens, si celui qui l'a légalement reconnu décède sans laisser de successibles. Dans le cas contraire, l'enfant naturel ne prend dans la succession qu'une quotité déterminée, selon les hypothèses établies par l'article 757.

Le payement des dettes étant proportionné à l'émolument retiré par les successeurs irréguliers, cet effet étant indépendant de toute déclaration régulière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, il était évident que ces successeurs irréguliers pouvaient facilement spolier la succession, en dénaturer la consistance et la valeur en fraude et au préjudice soit des héritiers légitimes, s'il en existait, quoique inconnus au moment de l'ouverture de la succession, soit des créanciers.

Ce danger, le législateur s'en est préoccupé. Il a, pour le prévenir, édicté pour les successeurs irréguliers les articles 769 et suivants, que l'article 773 déclare applicables à l'enfant naturel.

Ce dernier doit donc, comme le conjoint survivant, comme l'État, faire constater la valeur réelle de la succession ou de la part qu'il doit y recevoir. Il est tenu dès lors de requérir l'apposition des scellés, de faire inventaire régulier dans les trois mois, de demander enfin la délivrance, soit aux héritiers légitimes, soit à la justice.

Pour bien apprécier les conséquences de la violation de ces devoirs, il faut en considérer le but. Ce qu'ils ont pour objet de garantir et de conserver, c'est simultanément l'intérêt des héritiers dont la non-existence a fait d'abord déférer la succession aux héritiers irréguliers; l'intérêt des créanciers, par la conservation du gage sur lequel ils ont le droit de compter jusqu'à concurrence de leurs créances.

L'exécution des formalités prescrites par la loi n'a pas pour effet de placer les successeurs irréguliers en dehors de toute atteinte. Ainsi, les héritiers qui se présenteront, les créanciers, conservent, même dans ce cas, la faculté de contester la sincérité de l'inventaire, de poursuivre la réparation du préjudice qu'ils imputeraient à des soustractions ou à des omissions frauduleuses. Mais, dans chacune de ces hypothèses, le successeur est présumé avoir loyalement agi par cela seul qu'il a rempli les obligations qui lui étaient imposées, et cette présomption ne cède qu'à la preuve contraire que les demandeurs sont tenus de fournir.

L'omission de toutes formalités place le successeur dans une position contraire. Il est, dans ce cas, présumé avoir agi frauduleusement, et obligé, jusqu'à preuve contraire de sa part, à supporter les conséquences de sa coupable négligence.

Au point de vue des héritiers revendiquant, ces conséquences, indiquées par la raison, sont expressément consacrées par la loi. Le successeur irrégulier leur doit des dommages-intérêts. Les termes facultatifs de l'article 772 du Code civil s'expliquent par la faculté que le successeur a de prouver qu'il n'a réellement causé aucun préjudice.

Quels doivent être, par rapport aux créanciers, les effets de la violation des articles 769 et suivants? Sous l'empire des principes généraux de la matière, cette question ne serait pas douteuse.

L'héritier qui, par son immixtion dans la succession, confond les biens dans son actif, devient héritier pur et simple. Comme tel, il est tenu de l'intégralité des dettes.

Mais cet effet a été contesté par rapport surtout à l'enfant naturel. Celui-ci, a-t-on dit, n'est jamais héritier. C'est la loi qui le décide formellement. Il est donc dispensé de toutes les formalités imposées à celui-ci. Dès lors on ne saurait rencontrer, dans leur inexécution, les mêmes résultats. L'enfant naturel n'est tenu que des obligations imposées par les articles 769 et suivants du Code civil. Or, leur violation n'a pas même été prévue par le législateur; la loi ne s'en occupe que dans l'article 772, et relativement aux héritiers qui se représenteront. C'est donc ajouter à sa disposition que d'en vouloir faire ressortir une peine quelconque en faveur des créanciers.

Ces objections méconnaissent la véritable pensée du législateur. Leur consécration arriverait à un résultat énergiquement repoussé par la raison et la justice. Peut-on, en effet, admettre qu'on ait voulu abandonner le sort des créanciers à la discrétion absolue de celui qui devient leur débiteur, alors que, dans toutes les circonstances, leur intérêt a surtout préoccupé le législateur?

Un pareil résultat est impossible, il doit donc être repoussé. Ce qui restera acquis, c'est que la loi n'a dispensé l'enfant naturel de la déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, que parce que les formalités qu'elle lui imposait suppléaient à cette déclaration et établissaient bien plus efficacement la séparation des patrimoines. Dès lors, le successeur irrégulier ne pourra revendiquer le bénéfice de n'être tenu que jusqu'à concurrence de son émolument, que s'il a rempli les devoirs que les articles 369 et suivants lui imposent.

Par voie de conséquence, l'omission de ces devoirs le rendra indéfiniment obligé envers les créanciers. Cette conséquence n'a rien de sévère ou d'injuste. Pourquoi, chargé de constater la valeur réelle de la succession, profiterait-il d'un fait qui ne s'explique que par l'intention de placer les créanciers hors d'état de le faire?

C'est, au reste, ce que les jurisconsultes les plus estimés n'ont pas cessé d'enseigner; c'est ce que le judicieux Pothier notamment professe en termes formels : « Pour que ceux qui succèdent « aux biens, plutôt qu'à la personne, ne soient « tenus des dettes que jusqu'à concurrence des « biens auxquels ils ont succédé, il faut qu'ils « en aient fait constater la quantité par un in- « ventaire ou quelque acte équivalent ; s'ils s'en « sont mis en possession sans cela et qu'ils « aient disposé des biens, ils seront tenus indé- « finiment des dettes, et ils ne seront pas reçus, « pour s'en décharger, à offrir d'abandonner ou « de tenir compte des biens, s'étant mis, par « leur faute, hors d'état d'en pouvoir constater « la quantité [1]. »

« Depuis le Code civil, dit Duranton, les suc- « cesseurs irréguliers doivent inventorier ; mais « ils n'ont pas besoin de formaliser au greffe « l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, et un « acte qui priverait l'héritier légitime de la « qualité de bénéficiaire n'a point cet effet à « leur égard, si toutefois cet acte n'opère pas « confusion des biens [2]. »

Les auteurs des *Pandectes françaises* sont encore plus explicites. Voici de quelle manière ils interprètent l'article 772 : « Dans ce cas, vis- « à-vis des héritiers, les successeurs irréguliers « ne sont tenus que des dommages-intérêts et « non des dettes, parce que ce sont toujours les « héritiers qui sont tenus des dettes en leur « qualité.

« Mais vis-à-vis des créanciers de la succes- « sion, lorsqu'il ne se présente pas d'héritiers, « ce ne sont plus des dommages-intérêts qui sont « dus, c'est le payement entier des dettes. La « loi imposant à ceux à qui elle attribue les « biens les mêmes formalités qu'à l'héritier bé- « néficiaire, ils doivent supporter, quand ils y « manquent, la même peine que celui-ci quand « il les néglige. »

Enfin, Chabot n'hésite pas, même lorsqu'au lieu de venir seul à la succession, en vertu de l'article 758, l'enfant naturel y est appelé en concours avec des héritiers légitimes, à le déclarer tenu *ultrà vires* s'il n'avait pas fait constater, par un bon et loyal inventaire, l'état et la valeur de la succession, ou l'état et la valeur de ce qui lui aurait été délivré par les héritiers légitimes [3].

La vérité est donc que la seule différence entre le successeur et l'héritier consiste en ce que ce dernier, pour n'être tenu des dettes qu'à concurrence de l'actif, doit, après inventaire, déclarer au greffe, et avant toute immixtion, qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire, tandis que l'accomplissement seul des formalités des

[1] *Des Success.*, chap. V, art. 2, § 3.
[2] T. VII, n° 13.
[3] Sur l'art. 757, n° 18.

articles 769 et suivants opère, de plein droit, cet effet en faveur du premier. Mais si l'enfant naturel a omis ces formalités, si, par conséquent, il a confondu son patrimoine personnel avec le patrimoine du défunt, il n'est plus admissible à vouloir en opérer la séparation. Ce qui s'induit de leur confusion, c'est que son auteur a considéré l'actif successoral comme devant suffire pour éteindre complétement le passif; c'est ce qu'on doit le condamner à faire. Il est donc tenu indéfiniment des dettes. C'est ce que la cour d'Aix vient de juger dans l'affaire Estienne contre les époux Colin, par arrêt du 7 août 1851, encore inédit.

La même obligation serait, dans les mêmes circonstances, imposée aux autres successeurs irréguliers, à savoir : le conjoint survivant et l'État.

1572. — L'ouverture d'une succession testamentaire donne lieu à des fraudes plus ou moins nombreuses, soit contre les héritiers légitimes, soit contre les héritiers institués. Déjà, nous nous sommes occupé des attaques dont le testament peut être l'objet pour insanité d'esprit ou pour captation; nous avons déterminé les effets de l'empêchement de tester et de la suppression ou soustraction du testament. Nous nous bornons, sur tous ces points, à nous en référer à nos précédentes observations [1].

1572 *bis*. — Ajoutons que les lois réglant la forme des actes de dernière volonté, la nature et les caractères de certaines dispositions prohibitives, quoique d'intérêt général, intéressent, à un très-haut point, les tiers successibles, auxquels la succession fait retour par l'annulation du testament. Le législateur n'a consenti à préférer la loi testamentaire à ses propres dispositions, qu'en tant qu'elle se renfermerait, en la forme et au fond, dans les limites que l'ordre public, que la sécurité des familles lui faisaient un devoir de tracer. Le testateur qui tenterait de les franchir ne laisserait après lui qu'un acte frappé d'impuissance. Il mourrait réellement *intestat*.

De là cette conséquence qu'il suffit d'être au rang des successibles utilement appelés, pour être admis à quereller un testament et à le faire annuler soit pour vice de forme, soit pour illégalité de ses dispositions.

1573. — Les nullités de formes ne procèdent pas ordinairement d'une pensée de fraude; mais imputables au notaire recevant le testament ou l'acte de suscription, elles peuvent être de nature à engager sa responsabilité vis-à-vis des héritiers institués. La nullité du testament, parce que le notaire a négligé d'accomplir rigoureusement son devoir, donnerait à ceux-ci le droit de poursuivre contre lui la réparation du préjudice qu'ils seraient dans le cas d'éprouver.

1574. — Il est toutefois une nullité au regard de laquelle la position du notaire mérite d'être nettement définie. Nous voulons parler de celle résultant de la violation de l'article 975 du Code civil.

Aux termes de sa disposition, le testament doit être signé par le testateur; s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il doit être fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

1575. — Le but de ces prescriptions est facile à saisir; ce qui constitue en quelque sorte le testament, c'est la signature de son auteur. Seule, elle prouve que le testateur a persisté dans les volontés exprimées dans l'acte et a entendu en assurer la pleine et entière exécution. Un testament non signé ne saurait être utile à rien, tout au plus pourrait-il être considéré comme un projet qui, volontairement délaissé par son auteur, a été par cela même anéanti.

Mais le défaut matériel de signature ne peut se réaliser dans les actes authentiques, en ce sens que le notaire a qualité pour y suppléer utilement, en constatant l'ignorance ou l'impuissance dont ce défaut est déclaré être la conséquence. Cependant il peut en être du testament authentique comme du testament olographe. Son auteur, même après l'avoir dicté, peut concevoir le dessein de ne pas le faire sortir à effet, mais il peut aussi se trouver dans une position telle que la manifestation de cette volonté ne soit pas sans danger pour lui. Il fallait donc qu'il lui fût possible d'atteindre ce résultat d'une manière indirecte. C'est ce qu'il est légalement présumé avoir voulu, lorsque la mention remplaçant la signature est inexacte ou incomplète.

1576. — Ainsi si le testateur a déclaré ne savoir signer, la preuve du contraire, faite contre l'héritier testamentaire, détermine la nullité du testament. Celui qui déclare ne savoir signer, lorsqu'il sait le faire, lorsqu'il l'a toujours fait, n'a voulu qu'une seule chose, à savoir : se soustraire à l'obligation de signer. Il a donc par là suffisamment manifesté qu'il ne voulait pas sanctionner le testament, qui ne peut dès lors créer aucun droit en faveur ou contre qui que ce soit.

Que si, au lieu de prétendre qu'il ne sait

[1] Voy. *suprà*, nos 366 et suiv.

signer, le testateur a déclaré ne le pouvoir, la présomption est la même, les effets en sont identiques. Cette présomption ne s'efface que lorsqu'il a fait connaître la cause réelle de l'empêchement, cause que le notaire doit exprimer telle qu'elle lui est déclarée.

1577. — La position du notaire, malgré que dans l'un et l'autre cas le testament soit nul, est fort différente. Si le testateur a déclaré ne savoir signer, l'acte est complet par la mention de cette déclaration. Le notaire n'a pas à en contrôler l'exactitude, à s'enquérir de sa véracité. La nullité, dans ce cas, est tout entière le fait du testateur, qu'on prouve avoir su signer. Les héritiers privés du bénéfice de l'institution ne pourraient donc exercer aucun recours contre le notaire

Il n'en est pas de même lorsque le testateur a déclaré ne pouvoir signer. L'acte qui se bornerait à mentionner cette impuissance serait incomplet, sa nullité engagerait la responsabilité du notaire, car il n'aurait pas rempli toutes les obligations qui lui sont imposées à l'endroit de la validité de l'acte. Il lui appartient, en effet, de veiller à ce que les conditions auxquelles cette validité est attachée soient scrupuleusement remplies. La négligence qu'il apporterait dans l'exécution de ce devoir constituerait une faute lourde et donnerait lieu contre lui à une condamnation en réparation du préjudice.

1578. — Mais que doit faire le notaire en présence d'une déclaration se bornant à alléguer l'impuissance? Peut-il la compléter en indiquant lui-même la cause de cette impuissance? Évidemment non. D'abord parce qu'il ne pourrait, à cet égard, fournir qu'une appréciation fondée sur l'état extérieur du malade, appréciation qui pourrait fort bien s'écarter de la vérité. Il n'y a qu'une seule personne capable de s'expliquer utilement sur les motifs de l'impuissance, c'est celle qui l'allègue; tout autre qu'elle ne peut donner qu'une conjecture plus ou moins probable. Or ce que la loi exige, c'est la vérité et non une supposition, quelque fondée qu'elle paraisse.

D'ailleurs, reconnaître au notaire la faculté de suppléer au silence du testateur, c'est méconnaître l'esprit de la loi, c'est subordonner la validité du testament à une autre volonté que celle du testateur lui-même. Nous le disions tout à l'heure, l'allégation de l'impuissance peut n'être qu'un prétexte sous lequel le testateur déguisera la répugnance qu'il éprouve pour le testament qu'il vient de dicter. Cette annulation indirecte est autorisée par la loi. Dans quels cas cependant profitera-t-elle à ceux que le testateur a voulu favoriser, si le notaire peut à son gré l'empêcher, en complétant le testament.

L'hypothèse que nous prévoyons n'est pas aussi impossible qu'on pourrait le croire. Dans un moment d'emportement et de colère, un homme a conçu la pensée de déshériter sa famille. Il appelle un notaire et lui dicte son testament. Mais la réflexion arrive. Au moment de consommer la ruine des siens, l'affection fait entendre sa voix, l'aspect des douleurs, des misères qu'il va occasionner amène le repentir. Par un reste d'amour-propre, cependant, il ne veut pas avoir l'air de revenir sur sa résolution, et, sachant l'effet de la déclaration qu'il va faire, il se borne à dire qu'il ne peut signer.

Dans d'autres circonstances, un malade, éloigné de sa famille, entouré de mercenaires avides, est sollicité, pressé de faire un testament en leur faveur; les prières, les obsessions ne suffisant pas, on va jusqu'à la violence; on ne lui laissera aucun repos, on le menacera de le laisser mourir sans secours et sans soins, bref, le désir seul d'acheter sa tranquillité le décidera. Mais il voudra avoir l'air de céder plutôt que céder en effet, et le notaire appelé pour recevoir le testament ne recevra de lui que cette réponse : qu'il ne peut signer, se ménageant ainsi une nullité conforme à ce qu'exigent le désir de punir de coupables manœuvres et celui d'obéir à ce que lui commandent ses véritables affections.

Donnez au notaire le droit de compléter le testament en indiquant lui-même la cause de l'impuissance, et vous décidez que tout repentir est impossible ; que la fraude et la violence triompheront insolemment, car la famille injustement dépouillée ne pourra pas souvent fournir la preuve de l'une ou de l'autre. Un pareil résultat serait une immoralité, une iniquité. Il n'a donc pu entrer dans la pensée du législateur.

Mais si le notaire ne peut suppléer à a déclaration, il a le devoir et surtout l'intérêt le plus incontestable à constater que le vice dont elle est atteinte est le fait exclusif du testateur, et à se mettre ainsi à couvert de tout recours. Il doit donc, lorsqu'il reçoit du testateur la déclaration pure et simple qu'il ne peut signer, l'interpeller d'en indiquer la cause. La mention de cette interpellation, celle du silence qui l'a accueillie ou de la réponse qui lui a été faite, suffisent pour que, quel que soit le sort ultérieur du testament, il soit à l'abri de tout recours.

1579. — La doctrine que nous exposons est admise par les auteurs et par la jurisprudence.

« Remarquons bien, dit Merlin, que, suivant l'article 973, il faut aujourd'hui, comme il le fallait dans l'ancienne jurisprudence, qu'il soit constaté par le testament même que c'est le testateur qui a déclaré personnellement son incapacité ou impossibilité de signer, et que la seule énonciation de la cause qui l'a empêché de signer ne suffirait pas, parce qu'elle laisserait ignorer si c'est le testateur qui l'a lui-même déclarée ou si c'est le notaire qui s'en est constitué le juge [1]. »

A l'appui de cette opinion, Merlin rappelle un arrêt de la cour de Caen, du 11 décembre 1822. Dans l'espèce de cet arrêt, le testament renfermait l'énonciation suivante : *Et le testateur, ayant essayé de signer, n'a pu le faire, à cause du tremblement de sa main.* Ce testament, validé en première instance, fut annulé par la cour, pour violation de l'article 973. Le notaire et les témoins, dit l'arrêt, ont reconnu que si le testateur avait pris la plume pour signer, et s'il avait tracé quelques lettres sur le testament, il n'avait cependant point fait la signature. Le jugement dont est appel a suffisamment reconnu aussi que ces lettres ne pouvaient former une vraie signature. En ce cas que devait faire le notaire? Il lui incombait de recueillir la déclaration du testateur sur la cause qui l'empêchait de signer; cette déclaration, passée par le testateur lui-même, devait être mentionnée d'une manière expresse, à peine de nullité. Mais c'est le notaire seul qui parle, et il n'est pas fait mention d'aucune déclaration passée à cet égard par le testateur. La loi a donc été évidemment violée. Si on eût pris la déclaration du testateur, et qu'il eût dit : *Je ne signe pas parce que j'ai changé de volonté*, il n'y aurait sans doute pas de testament. Le législateur a donc eu raison d'exiger impérieusement que la cause qui empêche le testateur de signer soit déclarée par lui-même, et qu'il soit fait mention expresse de cette déclaration. Il a donc eu raison de ne pas laisser à la disposition du notaire d'expliquer lui-même, et sans la participation du testateur, le motif ou la cause qui l'empêche de signer [2].

1580. — Le testament valable en la forme doit être annulé, si ses dispositions renferment une violation d'une loi prohibitive. C'est ce qui se réalise notamment lorsque le testateur a prescrit une substitution fidéicommissaire.

1581. — Permises par le droit romain et par notre ancienne législation, les substitutions furent d'abord suspendues, puis prohibées par les lois des 25 août, 2 septembre, 14 et 15 novembre 1792. Cette prohibition reçut une consécration nouvelle de la loi du 17 nivôse an II, prescrivant le partage égal des successions.

Cette législation fut un énorme, un incontestable progrès. Ressource précieuse pour la féodalité, les substitutions devaient périr avec elle. L'expérience avait prouvé en effet que, dans les familles opulentes, cette institution n'avait pour but que d'enrichir l'un de leurs membres en dépouillant les autres, que de perpétuer ainsi le faste et l'éclat qui devaient accompagner un nom qui n'était souvent qu'un lourd fardeau pour celui qui le portait.

Mais ce qui résultait d'un pareil état de choses, c'était un germe renaissant de discordes et de procès; c'était de mettre les biens hors du commerce pour longues années, d'occasionner un grave préjudice à l'agriculture. Chaque grevé de substitution, n'étant qu'un simple usufruitier, avait un intérêt contraire à toute amélioration. Ses efforts devaient tendre à multiplier et à anticiper les produits des biens substitués au préjudice de ceux qui étaient appelés après lui, et qui chercheraient à leur tour une indemnité dans de nouvelles dégradations.

Enfin, ajoutait l'exposé des motifs du Code, ceux qui déjà étaient chargés des dépouilles de leurs familles avaient la mauvaise foi d'abuser des substitutions pour dépouiller aussi leurs créanciers. Une grande dépense faisait présumer de grandes richesses. Le créancier qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur, ou qui négligeait de faire cette perquisition, était victime de sa confiance, et, dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite.

A ces raisons de morale, d'équité, d'intérêt général, les rédacteurs du Code civil en ajoutaient une autre non moins puissante. C'est que cette institution était incompatible avec les mœurs politiques et sociales de l'époque, avec les principes mêmes de notre législation.

1582. — De là l'article 896, dans lequel la nouvelle féodalité que l'empire fit naître sut se réserver sa part en permettant la transmission héréditaire des majorats érigés en faveur d'un

[1] *Rép.*, v° *Signat.*, § 3, art. 2, n° 7; voy. Toullier, t. V, n° 457; Grenier, t. Ier, n° 242.

[2] Voy. Toulouse, 5 avril 1818; Sirey, 23, 2, 48; cass., 25 avril 1825 et 15 avril 1835.

chef de famille, conformément aux décrets des 30 mars et 14 août 1806.

En dehors de cette exception, et avant qu'elle fût introduite, toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. La seule dérogation dont cette règle est susceptible est celle autorisée par les articles 1048 et 1049 du Code, en faveur des petits-enfants ou des neveux du testateur.

1583. — Mais cette dérogation, toute dans l'intérêt de la famille, ne fait que confirmer la volonté du législateur d'empêcher l'abus des substitutions, en ne tolérant que celles qu'une circonstance impérieuse rendrait indispensables.

Or, ce qui a motivé les articles 1048 et 1049, c'est le désir de ménager au père effrayé de la dissipation de son enfant, au frère se méfiant de la légèreté de son frère, le moyen de conserver intacte une partie de la succession, en y appelant les petits-enfants ou les neveux.

Mais, dans ce cas même, la substitution ne peut comprendre que les biens dont le testateur a la libre disposition. Ainsi, quels que soient les dangers que puisse offrir la conduite de l'enfant, il a un droit absolu sur les biens de son père, jusqu'à concurrence de sa réserve légitimaire. Il la recueille dans tous les cas sans qu'elle puisse être affectée d'aucune charge, même au profit de ses propres enfants.

De plus, la substitution de la quotité disponible doit s'arrêter au premier degré. L'article 1050 ajoute qu'elle s'étendra, à peine de nullité, à tous les enfants nés et à naître, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

Ainsi, la pensée du législateur est on ne peut pas plus explicite. Obéissant à une pensée de sage prévoyance, il a voulu remédier au danger que le père, que le frère est dans le cas de redouter pour ses petits-enfants, pour ses neveux. C'est la famille tout entière et non la position particulière d'un de ses membres qui fait l'objet de sa sollicitude.

1584. — Tel n'était plus le caractère de la loi du 17 mai 1826. Dans un intérêt politique fort saisissable, on avait conçu à cette époque la pensée de reconstituer l'aristocratie terrienne. Le moyen le plus immédiat était le rétablissement des substitutions.

On n'osait pas cependant dévoiler cette pensée; on se contentait de demander que la quotité disponible pût être substituée jusqu'au deuxième degré exclusivement. Mais, quelque timide que fût cet essai, l'opinion publique ne s'y trompa pas. Comment aurait-elle pu le faire? A côté de cette demande, on osait proposer le rétablissement du droit d'aînesse.

Quelque dévoué que fût le pouvoir législatif d'alors, la clameur publique l'entraîna, et le droit d'aînesse resta sur le champ de bataille. Les substitutions dans la mesure proposée furent de nouveau inscrites dans nos lois.

1585. — La révolution de juillet 1830 vint mettre un terme à toute tentative nouvelle et couper court à toute velléité de ce genre. On sembla même vouloir entrer résolûment dans la voie contraire. Dès le 24 août 1831, Jaubert proposait, à la chambre des députés, d'interdire, à l'avenir, toute institution de majorats et de réduire la substitution de ceux existants à deux degrés, l'institution non comprise.

Reprise en 1833 par Paraut, cette proposition fut depuis adoptée. Cette adoption fut promulguée le 12 mai 1835. Ce premier coup porté à cette institution a été aggravé par la loi des 7-11 mai 1849.

Quant à la loi du 17 mai 1826, elle a été purement et simplement abrogée par celle du 17 janvier 1849.

Nous en sommes donc revenus au principe de l'article 896 du Code civil. Les substitutions sont prohibées. Ce qui les caractérise, c'est l'obligation de conserver et de rendre. Or, cette obligation ne résultant pas de la substitution vulgaire, celle-ci est maintenue. C'est d'ailleurs ce qui est expressément écrit dans l'article 898.

1586. — La prohibition de l'article 896, ayant pour effet d'annuler le testament et de déférer la succession aux héritiers légitimes, intéresse donc, à un très-haut point, les successibles. Cette qualité suffit donc pour autoriser celui qui en justifie, à quereller la disposition et à en provoquer l'annulation, en prouvant qu'elle constitue réellement une substitution prohibée.

1587. — Nous n'avons pas à nous livrer à l'examen des mille et une difficultés que peut offrir cette si vaste matière; nous devons nous borner à rappeler quelques principes généraux de nature à justifier les conditions auxquelles les tiers successibles seront recevables à quereller la disposition. En fait, si la substitution existe, cette disposition sera annulée; en droit, la substitution existera si l'institué appelé à recueillir est obligé de conserver et de rendre à sa mort à une autre personne également désignée par le testament.

1588. — Nous disons *de rendre à la mort;* c'est là, en effet, le caractère qui distingue la

substitution prohibée de certaines dispositions modales dont la validité ne saurait être contestée. Ce qui constitue celles-ci, c'est que l'institution du premier appelé est le résultat du doute dans lequel le testateur s'est trouvé sur l'existence du second et sur la possibilité qu'il puisse recueillir sa succession, doute qui, levé qu'il soit, doit amener la prise de possession de celui-ci et la restitution de l'hérédité en ses mains. C'est ce qui se réaliserait dans les institutions du genre de celles-ci : Je donne mes biens à Pierre, à la charge de les rendre à mon fils s'il revient de l'armée, ou bien à la charge de les rendre à Paul lorsqu'il aura atteint tel âge, ou si tel navire revient des Indes. Il est évident, dans tous ces cas, que le grevé n'est institué que conditionnellement, et que, la condition se réalisant, il n'a jamais été héritier, mais bien plutôt un dépositaire, un administrateur, ce qui est exclusif d'une substitution.

1589. — Pour que celle-ci existe, il faut que l'obligation de conserver et de rendre ne doive être exécutée qu'à la mort du grevé. Il n'est pas douteux, en effet, que la loi n'a voulu atteindre que les substitutions se réalisant *ordine successivo*, dans lesquelles le substitué ne recevra les biens qu'au décès du grevé. C'est là ce que prévoit l'article 896, dans lequel l'obligation de conserver et de rendre ne peut s'entendre que de l'impossibilité dans laquelle se trouve le grevé de transmettre à d'autres qu'au substitué les biens qu'il n'a reçus qu'à cette condition.

Ce qui démontre l'exactitude de ce sens, c'est qu'évidemment le Code a voulu prohiber ce que la législation ancienne avait permis. Or, de l'avis de tous les jurisconsultes anciens, les substitutions n'étaient réputées faites que pour avoir lieu à la mort du grevé.

On peut, de plus, apprécier la pensée du législateur à l'endroit des substitutions qu'il prohibe par la nature des exceptions qu'il consacre. Comme ces exceptions ne sont pas fondées sur une diversité d'espèces dans les choses, mais uniquement sur les égards qu'on a cru devoir aux personnes en faveur desquelles on a voulu faire fléchir la règle commune, il faut en conclure, dit Proudhon, que ce qui est permis aux uns, par privilége personnel, est de même nature que ce qu'on a prohibé aux autres, et, réciproquement, que les dispositions généralement prohibées sont de même nature que celles pour lesquelles la loi se relâche de sa rigueur envers les personnes qu'elle excepte de la règle commune. Or, les dispositions permises en faveur des petits-enfants ou des neveux sont certainement des substitutions faites dans l'ordre successoral; car, quoiqu'elles ne puissent s'étendre au delà du premier degré, il n'en est pas moins incontestable qu'elles sont des substitutions pour l'exécution desquelles le substitué doit survivre au grevé. Il n'y a, en effet, de degré que là où il y a une génération succédant à l'autre.

Concluons donc, continue Proudhon, qu'il n'y a de prohibé que les substitutions faites dans l'ordre successoral, par lesquelles l'un serait appelé à recueillir après le décès de l'autre et sous la condition de survie, et que les dispositions portant charge de rendre après un délai déterminé et à un jour certain ne tombent pas sous la prohibition du Code [1].

1590. — On ne pourrait d'ailleurs le décider autrement sans méconnaître la disposition de l'article 1121, qui permet de stipuler pour un tiers conditionnellement à la donation qu'on fait à un autre. Or, il est évident que cette stipulation peut consister dans l'obligation imposée au donataire de restituer une partie des biens à une époque déterminée et prévue. Dans ce cas, le donataire, en attendant le moment de cette restitution, est obligé de conserver, comme il le sera de rendre à l'époque où le cas prévu arrivera. Évidemment donc, cette double obligation ne constitue pas, par elle seule, une substitution prohibée; elle ne revêt ce caractère que lorsque son exécution doit se faire *ordine successivo*. Sans cela, il n'y plus qu'une vocation de diverses personnes recueillant l'hérédité ou le don sous de simples conditions impuissantes pour constituer le fidéicommis. C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence [2].

Ce qui distinguera essentiellement cette vocation de la substitution fidéicommissaire, c'est que, dans celle-ci, la survie de l'appelé est la condition substantielle de son droit; s'il meurt avant le grevé, il n'en a jamais eu aucun qu'il ait pu transmettre à ses héritiers. Celui, au contraire, qui est appelé à recueillir, à une époque déterminée, tout ou partie de la donation ou du legs fait à un autre, a un droit définitivement acquis par son acceptation ou par l'ouverture de la succession; s'il meurt avant l'époque où il doit recueillir, ses héritiers seront appelés à le faire

[1] *De l'Usufruit*, n° 443; voy. Merlin, *Quest.*, v° *Subst. fidéicomm.*, § 6; Toullier, t. V, n° 22; Delvincourt, t. II, p. 390.

[2] Colmar, 8 août 1819 et 25 août 1824; Paris, 3 mars 1820.

comme il l'eût fait lui-même, à moins que le contraire n'ait été stipulé ou ne résulte de la donation ou du testament.

1591. — Aucune difficulté sérieuse ne saurait naître si l'époque de la restitution a été déterminée. Que faut-il décider lorsqu'elle ne l'a pas été? Faut-il dire que la restitution doit être immédiatement opérée, ou bien qu'elle ne doit se réaliser qu'à la mort du grevé?

Duranton distingue. Dans les dispositions permises même comme substitutions, dit-il, comme celles en faveur des petits-enfants ou des neveux, les expressions indéterminées : *à la charge de rendre,* doivent s'entendre de la charge de rendre à la mort du grevé.

Dans le cas, au contraire, où la substitution ne serait pas autorisée, il faut entendre la charge indéterminée *de rendre,* de l'obligation de rendre tout de suite; l'entendre autrement, c'est anéantir la disposition. On ne doit pas supposer que le disposant ait voulu violer la loi, et, dans le doute, il est plus raisonnable d'entendre une clause ambiguë de manière à lui donner un effet utile : *Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant* [1].

Cette doctrine, enseignée par la généralité des auteurs, doit être suivie, mais elle peut être singulièrement modifiée par les termes de l'acte et par l'ensemble de ses clauses. Or, la première règle d'interprétation, c'est de consulter les uns, de rapprocher les autres, et si de cet examen résultait pour le juge la conviction que la charge de rendre a été réellement subordonnée au décès du grevé, l'invalidité de la disposition en serait une juste, une légitime conséquence.

1592. — Au reste, ce n'est pas seulement dans ce cas que le doute doit se résoudre en faveur de l'acte. Cette règle s'applique à toute la matière des substitutions.

Ainsi la disposition, conçue dans des termes qui s'appliquent aussi bien au cas où le premier gratifié viendrait à décéder avant le disposant qu'à celui où il mourrait après lui, et qui peuvent, dès lors, s'entendre d'une substitution vulgaire aussi bien que d'une substitution fidéicommissaire, doit être admise dans le sens de la première. C'est ainsi qu'on devrait interpréter la clause suivante : J'institue un tel, à qui je substitue tel autre; ou bien encore celle-ci : J'institue Pierre et, en cas de décès ou après sa mort, je mets Paul à sa place.

Ainsi, lorsque les termes d'une disposition, attaquée pour cause de substitution prohibée, peuvent être envisagés comme n'exprimant qu'un droit d'accroissement entre colégataires, ils doivent de préférence être admis dans ce sens, encore que dans l'espèce l'accroissement se fût réalisé par la seule force de la loi. On doit plutôt admettre l'existence d'une clause superflue et inutile que d'en consacrer une qui vicierait l'institution. C'est ce que la cour de Caen décidait le 28 janvier 1807, et son arrêt, déféré à la cour de cassation, fut déclaré conforme à la loi [2].

Ainsi encore lorsque la disposition faite au profit de plusieurs personnes successivement, et en cas de survie des unes aux autres, peut se résoudre en simple disposition conditionnelle, on doit l'interpréter dans ce sens plutôt que dans celui d'une substitution prohibée. Telle serait celle par laquelle un époux aurait fait un legs à son conjoint pour le cas où leurs enfants mourraient avant celui-ci, celle par laquelle on lèguerait la pleine propriété à une personne pour le cas où elle survivrait à un tiers gratifié de l'usufruit; celle qui renfermerait un legs en faveur d'une personne, sous la condition qu'elle se mariera, avec la clause que si elle ne se marie pas le legs sera recueilli par un tiers [3].

Ainsi enfin, lorsque les termes d'une disposition faite au profit de plusieurs personnes, appelées les unes après les autres, laissent quelque doute sur le point de savoir si le disposant a entendu gratifier le premier légataire de la propriété des biens légués, ou si, au contraire, il n'a voulu lui en donner que l'usufruit, on doit de préférence se prononcer pour celui-ci [4].

1593. — L'appel *ordine successivo* de plusieurs institués ne constituerait pas la substitution prohibée, si chacun d'eux n'était tenu de rendre que ce qui se trouverait encore en ses mains à l'époque de son décès. Une pareille disposition manquerait de la condition essentielle à la substitution, à savoir : l'obligation de conserver et de rendre, le grevé étant, au contraire, libre d'aliéner à son gré.

1594. — Il n'en était pas ainsi en droit romain. La substitution *de residuo* ou *de eo quod supererit* était un véritable fidéicommis tacite. L'obligation de conserver et de rendre, non inscrite dans l'acte, était suppléée par la loi. Ainsi le grevé ne pouvait aliéner que dans une

[1] T. VIII, no 89.
[2] Cass., 26 juillet 1808.
[3] Paris, 25 juin 1825; Colmar, 25 août 1825; Poitiers, 29 juillet 1830; cass., 20 décembre 1831 et 17 juin 1835.
[4] Cass., 20 novembre 1837 et 20 janvier 1840; Sirey, 37, 1, 968; 40, 1, 565.

certaine mesure. La part dont il lui était permis de disposer dut d'abord être déterminée *arbitrio boni viri*. Plus tard, Justinien la réduisit aux trois quarts, le quart restant étant de plein droit acquis au substitué [1].

Cette législation ayant été abrogée par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an II, toutes ces restrictions ont complétement disparu. La substitution *de eo quod supererit* n'a plus été depuis un obstacle à ce que le grevé se livrât à l'aliénation intégrale des biens, de telle sorte qu'il n'est pas tenu de conserver, pas même, en quelque sorte, de rendre, puisqu'il ne restituera en définitive que ce qu'il n'aura pas aliéné.

Aujourd'hui donc une pareille substitution ne réunit aucune des conditions exigées par l'article 896; elle ne saurait donc être atteinte par sa disposition, ni entraîner l'annulation de l'institution principale.

1595. — Mais doit-elle sortir à effet pour les biens non aliénés par le grevé? Ces biens pourront-ils être recueillis par le substitué?

1596. — Non, dit Rolland de Villargues; en effet, pourquoi cette substitution ne doit-elle pas être regardée comme prohibée? C'est parce qu'elle forme une disposition non obligatoire, une disposition nulle.

Or, à quel titre le tiers substitué pourrait-il réclamer les biens que le grevé n'aurait pas aliénés? Ce ne pourrait être qu'en vertu de cette disposition nulle; or ce qui est nul ne peut produire d'effet: *Quod nullum est, nullum producit effectum* [2]. C'est dans ce sens qu'a été rendu par la cour de Paris un arrêt du 26 janvier 1808.

Cette conclusion est d'autant plus contestable que les prémisses dont elle découle ne sont nullement vraies. La disposition *de eo quod supererit* ne constitue pas la substitution fidéicommissaire dont s'occupe l'article 896, elle ne peut donc être atteinte par sa prohibition. Dès l'instant que cette prohibition ne s'applique qu'à la substitution fidéicommissaire, tout ce qui n'est pas celle-ci reste de plein droit hors de ses atteintes.

Donc, et par cela même, l'institution *de eo quod supererit* n'est pas annulée par l'article 896. Où est donc la disposition de la loi qui la déclare telle? S'il n'en existe aucune, comment pourrait-on admettre une invalidité que rien ne prononce.

Valable à l'endroit de l'article 896, la disposition *de eo quod supererit* doit, sous un autre rapport, être reconnue telle; elle est pour l'appelé un véritable legs conditionnel. Or, loin de les proscrire, la loi autorise les legs de ce genre d'une manière formelle.

1597. — Mais, dit-on, la condition est ici purement potestative, c'est comme si le disposant avait dit : Je vous laisse mes biens, à la charge de les rendre à un tel, *si vous le voulez*. Or, les conditions de cette nature, la loi refuse expressément de les admettre.

Merlin repousse avec raison cet argument. Ici, dit-il, ce n'est pas la pure volonté de l'héritier institué qui forme la condition du fidéicommis, c'est le défaut d'exercice de la faculté d'aliéner; et ce défaut n'est pas essentiellement l'effet direct et immédiat de la volonté de l'héritier institué. Il peut aussi avoir pour cause soit la minorité, soit l'interdiction de celui-ci, soit un simple manque d'occasion de réaliser les aliénations qu'il a en vue.

1598. — Cette nuance dans la condition n'était pas échappée à Thevenot d'Essaules. « Le « substituant, enseigne-t-il, peut permettre l'a- « liénation indéfinie. Une substitution qui con- « tiendrait cette clause serait valable, vu qu'il y « aurait obligation de rendre, dans le cas où le « grevé n'aurait pas aliéné. *Si in totam aliena- « tionem permisisset*, dit Peregrinus, *id testator « absque dubio facere potuisset, et fideicommis- « sum eo casu operaretur non secuta aliena- « tione*. Autre chose serait si le substituant avait « dit au grevé : *Vous vendrez les biens, si vous « voulez*, car alors il n'y aurait aucune obliga- « tion de vendre. Ce serait un fidéicommis « laissé à la volonté absolue du grevé, lequel « serait nul [3]. »

1599. — Concluons donc, avec Merlin et Toullier, que le fidéicommis *de eo quod supererit* doit avoir tout son effet; qu'il ne constitue qu'un legs conditionnel que rien ne défend; qu'en conséquence, à la mort du grevé, tous les biens non aliénés par lui seront acquis au substitué [4]. Ajoutons que pour le grevé la faculté d'aliéner est illimitée; qu'elle s'entend non-seulement de la disposition à titre onéreux, mais encore de celle à titre gratuit, mais par actes entre-vifs seulement. Toute disposition testamentaire des biens grevés serait radicalement nulle.

1600. — Il en serait à plus forte raison ainsi

[1] L. 54 et 58, § 7, Dig., *ad Senatusc. Trebell.*; Nov. 108, cap. 1er.

[2] *Traité des substitutions*, no 332.

[3] *Des Subst. fidéicomm.*, chap. XLVIII, § 1.

[4] Voy. Zachariæ, t. V, p. 253, et autorités citées à la note 28.

de l'institution *si quid supererit*. Celle-ci avait, en droit romain, des effets plus énergiques que celle *de eo quod supererit*. Dans celle-ci, en effet, la faculté d'aliéner était bornée, tandis qu'elle demeurait illimitée dans celle-là. Aucun doute ne saurait donc raisonnablement s'élever aujourd'hui sur sa parfaite légalité [1].

1601. — Au reste, ce que la loi repousse dans les substitutions, c'est plutôt l'ordre anormal des successions qu'elle crée que le fidéicommis en lui-même. Celui-ci, en effet, n'a rien d'illicite lorsque, se référant à la mort du disposant, il se renferme dans le simple mandat de faire, soit immédiatement, soit dans un temps déterminé, ce que le disposant aurait pu faire lui-même d'une manière directe, et dont il a été empêché par des raisons légitimes. Nous en avons vu un exemple en parlant des institutions conditionnelles. Nous allons en trouver un bien plus décisif dans l'institution fiduciaire.

Celle-ci, en effet, n'est pas même une institution. Elle ne constitue en réalité qu'un dépôt entre les mains du grevé; elle ne lui donne que le droit d'administrer la succession, en attendant l'époque où il devra la restituer; elle ne confère aucune saisine, si ce n'est en faveur du véritable, du seul héritier qui est l'appelé [2].

De là il suit que le grevé, n'ayant aucun des émoluments de la succession, n'a également aucune de ses charges. Ainsi ses frais d'administration devront lui être remboursés, tout comme il devra lui-même restituer les fruits qu'il a perçus, à moins qu'il n'en ait été dispensé, en tout ou en partie, par le testament.

1602. — Remarquons, en effet, que la simple fiducie n'exclut pas la disposition d'une partie ou d'un objet de la succession, soit en fruits, soit en fonds, en faveur du grevé. Zachariæ observe avec raison qu'une pareille disposition, étant incompatible avec l'institution générale, est indicative plutôt qu'exclusive de la fiducie. C'est ce qu'enseignait également notre ancienne jurisprudence. Une forte présomption de la fiducie, dit Montvalon, c'est quand, après la fin de l'administration, le testateur fait un legs à sa femme d'aucunes choses de la succession [3]. Il est évident, en effet, qu'on ne ferait pas un legs particulier à celui qu'on aurait voulu saisir de toute la succession.

1603. — Enfin, une des conséquences les plus importantes de la simple fiducie, c'est qu'elle n'est pas éteinte par le décès, avant l'époque de la restitution, de celui qui est appelé à en recueillir le bénéfice. Ce bénéfice passe de plein droit sur la tête de ses héritiers légitimes [4].

C'est surtout en vue de ce dernier effet que, sous l'empire des législations permettant les substitutions, la question de savoir s'il y avait simple fiducie avait une véritable, une réelle importance. Aussi les jurisconsultes s'en étaient-ils vivement préoccupés, en cherchant à déterminer à quels caractères on devait reconnaître celle-ci.

1604. — Jacobus Cancerius, célèbre avocat de la province de Catalogne, qui avait, au témoignage d'Henrys, parlé de l'héritier fiduciaire plus amplement qu'aucun autre, exigeait, comme marque infaillible de la fiducie : 1° que celui à qui l'hérédité devait être rendue fût enfant du testateur, auquel il soit par conséquent présumé avoir voulu laisser ses biens plutôt qu'à la mère ou qu'à son frère; 2° que cet enfant fût en bas âge et tel que le père ait voulu le laisser plutôt sous la charge d'un ami que d'un tuteur; 3° que cet ami fût une personne proche et capable du soin que le testateur lui déférait; 4° enfin qu'il fût chargé de rendre et restituer toute l'hérédité, et que par là le testateur ait fait voir qu'il n'entendait pas que cet héritier fiduciaire se prévalût des biens qu'il lui commettait [5].

1605. — C'était là une proposition fort contestable et fort contestée. Que la réunion de ces circonstances fît présumer la fiducie, c'est ce qu'on pouvait admettre jusqu'à un certain point; mais qu'elle dût en faire prononcer infailliblement l'existence, c'est ce qu'il n'était pas possible d'admettre en l'état du silence gardé sur l'époque de la restitution. En effet, l'institution fidéicommissaire entraîne, elle aussi, l'obligation de rendre l'entière hérédité. Aussi ne voyait-on et ne pouvait-on voir dans cette obligation une preuve de fiducie que lorsque, avec la restitution du capital, le grevé devait restituer les fruits; ou lorsque l'exécution de l'obligation de restituer avait été fixée à une époque déterminée. A défaut de l'une ou de l'autre de ces circonstances, et lorsque cette exécution ne devait se réaliser qu'à la mort, toute idée de fiducie disparaissait. C'est ce qu'avait admis le parlement de Toulouse.

Mais ce qui était bien plus contestable encore,

[1] Cass., 14 mars 1832.

[2] Montvalon, chap. III, t. I, p. 242; Henrys, liv. III, quest. 22 et 23, liv. V, quest. 14.

[3] *Loco citato*, p. 246; Boniface, t. V, p. 244, n° 12.

[4] Voy. l. 3, § 3, Dig., *de usuris*; l. 46 et 78, *Ad senatuscons. Trebellianum*.

[5] Henrys, liv. III, quest. 23, n° 6.

c'était de ne reconnaître la fiducie qu'en tant, par exemple, qu'il s'agissait de l'enfant du disposant. Ce que celui-ci pouvait vouloir pour ses enfants, il était dans le cas de l'exiger pour toute autre personne qu'il jugeait digne de son intérêt et de son affection. Ainsi les espèces citées par les lois 46 et 78, Digeste, *ad senatusconsultum Trebellianum*, et dans lesquelles il est décidé qu'il y a fiducie, présentent précisément cette circonstance que, dans la première, l'appelé n'avait aucune relation de parenté avec le testateur ; que dans la deuxième, il n'était que son élève.

D'autre part, la charge résultant d'une fiducie ne peut être confiée qu'à un homme sur la délicatesse, sur la loyauté duquel le testateur puisse compter. Comment donc son choix serait-il restreint à sa propre parenté, même lorsqu'il ne la croirait pas digne de sa confiance?

1606. — Il était donc impossible, en pareille matière, de tracer une règle uniforme et absolue, et puisque, suivant Henrys lui-même, ce qu'il faut considérer dans les dispositions de cette nature, c'est plutôt l'intention que les paroles, il faut s'en référer à la règle que Montvalon rappelle en ces termes : « Que la fiducie doit se connaître par les termes du testament et la volonté présumée du testateur, surtout quand « il paraît que l'institution a lieu pour conserver « l'hoirie à un enfant, à un pupille ou à celui « qui est en bas âge, et que le testateur a déterminé un temps préfix pour la restitution de « l'hoirie et le compte des fruits, comme, par « exemple, la fin de la minorité [1].

1607. — Sous l'empire du Code, la fiducie est demeurée ce qu'elle était dans l'ancienne législation, c'est-à-dire un fait parfaitement légal et valable. L'article 896 ne saurait l'atteindre, parce que, en réalité, elle ne renferme pas la double institution qui a fait prohiber les substitutions, parce que le grevé n'est qu'un dépositaire, qu'un administrateur jusqu'au moment où, l'époque de la restitution arrivant, il se démettra entre les mains de l'appelé ; parce qu'enfin ce dernier, saisi par la mort de son auteur, a seul eu depuis ce moment la propriété et même la jouissance, puisque les fruits perçus devront lui être restitués, à moins d'une disposition contraire, formellement exprimée dans le testament.

Il est évident dès lors que les héritiers légitimes, frustrés par le testament, auront intérêt à en faire considérer la disposition comme constituant une substitution fidéicommissaire, plutôt qu'une simple fiducie. Une pareille prétention amènera la nécessité d'interpréter le testament, de rechercher si l'intention du testateur a été de favoriser le grevé de préférence à l'appelé, ou bien si l'institution est spécialement et particulièrement dans l'intérêt de celui-ci. A ce point de vue, l'aperçu rétrospectif auquel nous venons de nous livrer a une incontestable utilité. En effet, les éléments de cette recherche demeurent tels qu'ils étaient dans l'ancien droit, c'est-à-dire qu'aujourd'hui comme alors les juges auront à consulter les termes du testament et les circonstances de fait propres à fixer d'une manière utile la véritable intention du disposant [2].

1608. — C'est par l'application de cette règle que la jurisprudence a admis ou rejeté la fiducie dans des dispositions que les propres enfants du testateur invoquaient à ce titre. Une espèce jugée par la cour de Nîmes nous présente un notable exemple du rejet d'une prétention de ce genre.

En 1791, décès du sieur Anglas, père de quatre filles en bas âge, laissant un testament public à la date du 2 mai 1791, par lequel il léguait d'abord à chacune d'elles une légitime, en les instituant ses héritières particulières. Ensuite, après avoir légué à sa femme une pension viagère, le testateur continue : « En tous et chacun « ses autres biens meubles, immeubles, noms, « droits, raisons, actions et hypothèques en général, en quoi que le tout consiste ou puisse « consister de présent et à l'avenir, ledit testateur a fait, institué et de sa propre bouche « nommé, pour son héritier universel et général, « Barthélemy Anglas, son frère, à la charge par « lui de rendre l'hérédité à telle de ses quatre « filles qu'il jugera à propos; et dans le cas où « ledit Anglas, sondit héritier, vienne à se marier, il sera tenu de faire de suite ladite éviction et nomination, et, dans ce cas seulement, « ledit testateur donne à sondit frère Barthélemy « la somme de 350 fr. pour le dédommager des « soins qu'il pourrait s'être donnés pour travailler et entretenir ses biens ; pour, par ledit Barthélemy Anglas, héritier, ci-dessus nommé, « jouir, faire et disposer de ses biens et hérédités « à plaisir et volonté, aux conditions ci-dessus, « tant en la vie qu'en la mort, cassant et révoquant tous autres testaments, etc. »

En 1821, deux des filles Anglas ont prétendu que leur oncle n'avait été institué par leur père qu'à titre de fiducie et pour la forme ; que n'ayant pas usé du droit d'élection en temps utile, la succession de leur père devait être partagée entre

[1] *Loco citato*, p. 244.

[2] Merlin, v° *Hérit. fid.*, n° 3 ; Zachariæ, t. V, p. 246 ; Rolland de Villargues, n° 154.

ses quatre filles. Voici les moyens présentés à l'appui de cette prétention.

Dans le testament on doit rechercher quelle a été l'intention du testateur plutôt que de s'en tenir au sens littéral des termes, parce qu'ici c'est la volonté du testateur qui fait la loi. Conséquemment, il faut, dans certains cas, convertir, en simple institution fiduciaire, l'institution d'héritier faite sous la charge de rendre. A la vérité, les lois romaines n'offrent, sur ce point, que des exemples, sans déterminer, d'une manière fixe et absolue, quelle était la réunion des conditions nécessaires pour convertir en simple fiducie l'institution grevée de substitution. Toutefois, lorsque, comme dans l'espèce, un père, ayant des enfants en bas âge, institue un proche parent des enfants, à la charge de leur rendre, ou à l'un d'eux, son hérédité, la loi déclare que dans ce cas il y a fiducie, parce que l'intention du père n'a pas été de déshériter ses enfants; qu'il a seulement voulu, en instituant héritier un proche parent, créer un administrateur avec un titre honorable pour l'utilité de ses enfants; qu'ainsi les enfants eux-mêmes sont alors véritablement l'objet de la disposition du testateur; qu'eux seuls sont saisis directement de la propriété comme héritiers de leur père.

En droit, tels sont incontestablement les effets de la simple fiducie. Mais était-ce une disposition de ce genre qu'avait faite Anglas, ou bien n'était-ce pas une substitution fidéicommissaire? Telle était la véritable, la seule question que la cour avait à résoudre, et qu'elle résout dans le sens de cette dernière.

Les motifs de cette solution sont puisés dans le contexte, dans les termes du testament lui-même. L'héritier fiduciaire, dit l'arrêt, est celui que le testateur a chargé en l'instituant pour la forme d'administrer la succession, et de la tenir en dépôt jusqu'au moment de la restitution au véritable héritier; ainsi il n'est héritier que de nom; il n'est pas saisi de la succession; la propriété des biens du défunt n'a jamais reposé sur sa tête.

Or, en fait, l'arrêt constate que des termes du testament, de l'institution elle-même, des charges dont l'héritier se trouve grevé, des obligations qui lui sont imposées, résulte une première impossibilité d'admettre que le testateur n'ait entendu faire qu'une institution fiduciaire.

Attendu d'ailleurs, continue la cour, que dans l'espèce Barthélemy Anglas n'avait pas été chargé de rendre à une époque fixe et déterminée, et que le testateur lui avait conféré le droit d'élection; que l'absence d'un délai fixé pour la remise de l'hérédité ainsi que la faculté d'élire étaient regardées comme des caractères exclusifs de la fiducie, d'après la jurisprudence du parlement de Toulouse, attestée par plusieurs auteurs recommandables et par plusieurs arrêts, notamment par celui du 18 avril 1731, rapporté par de Juin, et que c'est ainsi que l'a jugé la cour de cassation elle-même, par son arrêt du 18 brumaire an v, etc. [1].

1609. — C'est à bon droit que l'arrêt signale cette double circonstance : défaut de détermination de l'époque de la restitution, faculté d'élire. Il aurait pu ajouter qu'à son tour l'exercice de cette faculté n'ayant pas été limité pouvait n'être réalisé qu'à la mort du grevé, libre dès lors de retenir sa vie durant la jouissance de l'hérédité. Les conséquences que la cour déduit de l'une et de l'autre sont parfaitement juridiques.

En effet, la fiducie suppose que l'institution actuelle de celui qu'on veut réellement instituer offre des inconvénients contre lesquels le testateur est bien aise de se précautionner dans l'intérêt de son héritier. Il est donc rationnel que la mesure, qu'il prend à cet effet, soit subordonnée à l'existence de ces inconvénients et qu'elle cesse avec les causes qui l'ont déterminée. La remise par le grevé sera donc limitée à un certain temps, à une époque fixe. C'est ainsi que, dans les espèces citées dans les lois romaines, nous trouvons l'obligation, lorsque l'héritier aura atteint sa quinzième, sa seizième, sa vingtième année ou un âge déterminé, *certam ætatem*. Alors, en effet, il sera vrai de dire que le terme stipulé est en faveur de l'héritier lui-même, condition essentielle pour qu'on puisse admettre la fiducie.

Cette condition n'existe plus dès que la faculté de rendre est illimitée, que le grevé est libre de la proroger jusqu'à sa mort. Le terme est alors en sa faveur exclusivement, c'est lui que le testateur a préféré, même à son héritier; il n'y a donc plus dès lors fiducie, mais bien une vraie substitution fidéicommissaire.

Que sera-ce, si à côté de cette circonstance, vient se placer celle du défaut de désignation d'un héritier de la part du testateur; si cette désignation a été laissée au grevé, sans même qu'aucun terme ait été apporté à la faculté d'élire? Comment, en présence de pareilles stipulations, concevoir la pensée d'une fiducie? Comment osera-t-on se présenter comme héritier préféré par le défunt, alors qu'il n'existe même pas d'héritier? En effet, tant que le grevé n'a

[1] Nîmes, 18 mai 1824; D. P., 25, 2, 24.

pas exercé son droit d'élire, les enfants mêmes du testateur sont réduits à une simple espérance, aucun d'eux ne peut agir, parce qu'il n'a pas la certitude d'être préféré : *Nec petere priusquam poterit, quamdiu alius præferri potest.* C'est pourquoi, ajoute Henrys, le fidéicommis est d'autant plus censé conditionnel, qu'il dépend d'une élection future et incertaine, qui se peut faire de diverses personnes et dans un temps incertain ; et partant, pendant cette condition et dans l'intervalle de l'événement, l'héritier institué et chargé de rendre ne laisse d'être réputé, comme il l'est, vrai propriétaire, quoique non incommutable. Car, comme dit la loi *non ideo*, Digeste, *de rei vindicat. : Non ideo minus recte quid nostrum est vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur si conditio legale extiterit* [1].

Or, si le grevé chargé d'élire est *vrai propriétaire* tant qu'il n'a pas fait élection, comment concilier la clause qui lui donne la faculté de la retarder jusqu'à sa mort, avec l'idée d'une simple fiducie ne conférant qu'un droit d'administration ? Concluons donc qu'une clause de ce genre constitue une disposition fidéicommissaire et non une fiducie.

1610. — Au reste, nous le répétons, il n'y a en cette matière aucune règle absolue. Comme toutes les questions de pur fait, la recherche de l'intention du testateur doit se résoudre par les impressions que le magistrat reçoit des circonstances spéciales à chaque litige, il est bien tels et tels éléments qu'on ne doit pas négliger ; mais, sur le tout, la loi ne pouvait que s'en référer à la conscience et aux lumières des tribunaux.

1611. — Si l'existence d'une simple fiducie est reconnue, la disposition est valable. Le testament doit sortir à effet, en tant cependant que l'appelé ne serait pas déclaré par la loi incapable de recueillir.

Or la question de capacité ne saurait occasionner le moindre embarras, si l'appelé était nommément désigné dans la disposition. La connaissance de son individualité décide en même temps de sa capacité.

1612. — Aussi peut-on, sans trop de témérité, prévoir que celui qui désirera, au mépris de la loi, avantager un incapable, se gardera bien de le désigner dans le testament. C'est par une voie détournée qu'il tentera de se soustraire à la prohibition de la loi. Le moyen le plus communément employé sera le fidéicommis à personne interposée, tacitement chargée de rendre à l'incapable.

1613. — Si le fidéicommis est exprès, à savoir : si le testament, contenant un legs en faveur d'une personne, charge expressément celle-ci de lui donner la destination entendue, l'interposition de personne est plus facilement appréciable. L'existence d'un incapable que le testateur a dû vouloir avantager, les relations que l'institué apparent a de tous temps entretenues avec celui-ci, sont autant de présomptions pouvant devenir plus ou moins décisives. L'interposition serait même de plein droit admise, si l'institué était, par rapport à l'incapable, dans la catégorie des personnes indiquées dans l'article 911 du Code civil.

Mais ce qui arrivera le plus ordinairement, c'est que la disposition, en faveur de l'incapable, sera déguisée sous les apparences d'une donation ou d'un legs pur et simple, le testateur se taira sur l'obligation de rendre. L'institution sera en apparence sans condition, mais l'institué, dépositaire verbal de la volonté de l'instituant, ne sera en réalité que le ministre de cette volonté ; en d'autres termes, le fidéicommis sera tacite. Celui-ci en effet n'a pas eu d'autre but dans l'origine que le moyen de donner à des personnes que la loi déclarait incapables de recevoir, et, depuis, il n'a pas failli à cette mission de fraude.

1614. — « Comme ceux, dit Domat, qui « veulent faire des dispositions défendues inter- « posent d'autres personnes à qui ils donnent « pour rendre à ceux à qui ils ne peuvent don- « ner, on appelle fidéicommis tacites ces dispo- « sitions secrètes qui, en apparence, regardent « les personnes interposées et qui en effet, et « dans le secret, sont destinées à ceux à qui la « loi défend de donner. Ces sortes de fidéicom- « mis sont illicites, de même que le serait une « disposition où les personnes, à qui on ne peut « donner, auraient été nommées [2]. »

Le même auteur explique l'effet de ces dispositions illicites, à l'égard de la personne interposée, en ces termes : « Ceux qui prêtent leur « nom à ces fidéicommis tacites, soit qu'ils s'en- « gagent par écrit ou verbalement, ou qu'en « quelque autre manière que ce puisse être, ils « reçoivent à dessein de rendre aux personnes « à qui le testateur ne pouvait donner, sont con- « sidérés par les lois comme s'ils dérobaient ce « qu'ils peuvent recevoir d'une telle disposition, « et, loin d'être obligés par là de remettre ce « qu'ils pourraient avoir reçu aux personnes

[1] Liv. V, chap. III, quest. 14, n° 5.

[2] *Lois civ.*, liv. V, sect. III, nos 5 et suiv.; voy. Furgole, *des Test.*, chap. VI, sect. III.

« que le testateur avait regardées, ils ne con-
« tractent pas d'autres engagements que de res-
« tituer aux héritiers ce qu'ils peuvent avoir
« reçu à ce titre, avec les fruits et intérêts même
« échus avant la demande. »

1615. — Cette solution est encore aujourd'hui incontestable. Donc l'intérêt des héritiers à établir l'existence du fidéicommis tacite est évident. Cette justification les mettra à même de contraindre la personne interposée à leur restituer tout ce qu'elle serait appelée à prendre dans la succession, ou tout ce qu'elle y aurait déjà pris, mais cette justification n'est pas chose facile. On pourrait d'autant moins se le dissimuler que si le fidéicommis tacite peut être établi par écrit, il ne résultera souvent que d'une confidence purement verbale.

1616. — Il faut donc, en pareil cas, recourir aux principes généraux, en matière de fraude; à la loi, pour la solution de la question de savoir quel est le mode de preuve admissible. La preuve orale doit-elle être exclue? Or la solution, à notre avis, résulte de ces principes généraux et des motifs puissants sur lesquels ils reposent.

Exiger la preuve écrite pour le fidéicommis tacite, c'était formellement renoncer à l'atteindre et permettre à la fraude de triompher impunément de la volonté du législateur. Une disposition de cette nature n'exige aucun écrit, la simple recommandation verbale la constitue légalement. Comment donc vouloir un écrit quelconque, lorsqu'il n'en a été rédigé aucun? Comment surtout ne pas admettre la preuve orale, lorsque la disposition n'aura pas elle-même d'autre caractère?

D'ailleurs, nous l'avons déjà dit, ce mode de preuve est toujours admissible, lorsqu'il s'agit d'une fraude à une loi d'ordre public. La partie complice de la fraude peut elle-même l'invoquer. Or les lois, se référant à la capacité de recevoir soit par actes entre-vifs, soit par testament, sont essentiellement d'ordre public; donc, la prétention qu'elles ont été violées est susceptible d'être établie par la preuve testimoniale.

C'est au reste ce qui a été toujours admis en doctrine et en jurisprudence, notamment en ce qui concerne les dispositions qui nous occupent. Les fidéicommis tacites, dit Domat, peuvent se prouver non-seulement par des écrits, s'il y en avait, mais encore par les autres sortes de preuves, et cette règle a été admise par les jurisconsultes modernes [1].

Plusieurs fois saisie de la question, la cour suprême l'a constamment décidée dans le même sens. C'est ce qu'elle jugeait notamment dans un arrêt du 5 août 1841. Il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, d'un legs fait à une personne appartenant, en qualité de supérieure, à une communauté religieuse non autorisée, par un membre de cette communauté. On attaquait ce legs comme fait, par interposition de personne, au profit de la communauté elle-même, et on en demandait en conséquence l'annulation, comme s'adressant à un être moral sans existence légale. L'annulation ayant été prononcée par la cour de Nîmes, l'arrêt devint l'objet d'un pourvoi en cassation que la cour suprême rejeta, sur les motifs suivants :

« Attendu que l'arrêt attaqué ayant jugé en fait, tant d'après les actes, faits et documents de la cause, que d'après l'interrogatoire sur faits et articles de la demoiselle Couderc, que ce n'était pas cette dernière qui était en réalité la véritable légataire instituée par la dame Gallet, mais bien la communauté existant sans autorisation à la Louvèze, cet arrêt, en tirant ensuite la conséquence que le legs était nul et caduc, n'a fait qu'appliquer les vrais principes en matière de légataire incertain et non existant [2]. »

1617. — Ainsi, l'existence d'un fidéicommis tacite, en faveur d'un incapable, peut être établie par la preuve testimoniale. Mais quels sont les caractères essentiels de cette preuve? Doit-elle, pour être probante, justifier que la personne chargée de rendre en a pris l'engagement verbalement ou par écrit? Suffit-il, au contraire, qu'elle démontre l'intention du testateur?

1618. — Cette question était, sous l'empire du droit romain et de notre ancien droit, l'objet d'une controverse parmi les jurisconsultes. Les uns exigeaient que l'institué eût pris l'engagement de rendre, et voici les motifs de leur opinion.

La loi 10, Digeste, *de his quæ ut indig. auf.*, ne laisse aucun doute sur la nécessité de cet engagement : *In fraudem juris fidem accommodat, quid vel id quod relinquitur, vel aliud, tacite promittit restituturum se persona, quæ legibus ex testamento capere prohibetur, sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione promiserit.* La même exigence se trouve encore

[1] Domat et Furgole, *loco citato;* voy. Rolland de Villargues, n° 348; Toullier, t. V, n° 77; Grenier, t. Ier, n° 136; Favard, v° *Fidéicomm. tacite.*

[2] J. D. P., t. II, 1841, p. 558; voyez cass., 18 mars 1818.

formellement répétée dans la loi 3, Digeste, *de jure fisci*.

1619. — Ainsi, dit notamment Cujas [1], le législateur ne fait résulter l'indignité du grevé que de l'engagement qu'il prend, soit par écrit, soit verbalement, d'opérer la restitution en vue de laquelle le testateur l'a institué, et cela est fort rationnel. Qu'importe, au fond, la volonté plus ou moins certaine du disposant? Le bénéficiaire ne peut être puni que de sa propre fraude. Celle-ci ne saurait exister que si, connaissant celle du testateur, il en a assumé la complicité en s'y associant. Comment donc prouver cette complicité, si on ne justifie pas que, connaissant l'intention de ce dernier, il s'est engagé au moins verbalement à la réaliser?

1620. — La volonté d'instituer un incapable, disaient les partisans de l'opinion contraire, étant certaine et acquise, le grevé excipant du défaut d'engagement de sa part et prétendant retenir la disposition pour son compte, encourrait l'indignité par un double motif : d'abord parce qu'il n'aurait pas pour lui la volonté du testateur, lequel n'a eu pour objet, en l'instituant, que de favoriser l'incapable. Cette absence de volonté seule est, en effet, un motif d'incapacité, aux termes de la loi 12, Digeste, *de his quæ ut indig. aufer.*; ensuite, parce qu'il refuserait de remplir la charge à lui imposée par le testateur et en considération de laquelle la libéralité lui a été faite, et qui était une condition ou une cause finale qui donnerait lieu à la répétition : *Conditione causa dati, causa non secuta.* Et comme les fidéicommis n'ont besoin d'aucune sorte de formalité d'écriture, ni de témoins, il est indubitable que lorsque le testateur s'est confié à la bonne foi de son héritier ou de celui qu'il a chargé verbalement de rendre l'hérédité ou un effet particulier, le fidéicommis est valable, aux termes du paragraphe dernier aux Institutes, *de fideicomm. hæred.* et de la loi dernière au Code, *de fideicom.* Ainsi, les successeurs *ab intestat* prenant la place du fidéicommissaire incapable, il s'ensuit qu'ils ont le droit d'obliger le grevé à remplir le fidéicommis, mais en leur faveur.

1621. — Ce dernier avis, dit Furgole, me paraît plus équitable et plus conforme à nos maximes. Il n'est pas juste, en effet, qu'un héritier ou légataire profite d'une libéralité dont il n'est pas l'objet et dont il n'est que le ministre ou le moyen pour la faire passer à un autre. Il est encore moins juste qu'il tire un avantage de sa perfidie et que, contre la volonté et l'intention du défunt, il conserve un bien qui n'était pas destiné pour lui [2].

Furgole ajoute : Malgré que depuis l'ordonnance de 1667 on ne puisse plus argumenter des lois dernières aux Institutes et au Code avec le même avantage qu'avant, on doit cependant tenir que le fidéicommis doit être annulé par la preuve seule de la volonté du testateur de substituer un incapable à celui qu'il institue. Divers arrêts l'ont ainsi jugé, notamment celui du 2 juillet 1708, décidant que, pour prouver un fidéicommis ou un avantage indirect entre mari et femme, il n'est pas nécessaire qu'il y ait preuve par écrit du fidéicommis, ni même de présomptions qu'il y ait eu convention entre le testateur et le légataire; qu'il suffit qu'il y ait des présomptions violentes de l'intention du testateur.

1622. — Cette doctrine, admise sous l'empire de l'ordonnance, ne saurait être répudiée par le Code, qui n'a fait que consacrer les principes de celle-ci. Conséquemment, la preuve que la personne nommée dans la disposition n'a pas été celle que le testateur a entendu et voulu instituer; qu'elle n'y figure que comme un prête-nom, qu'en qualité d'intermédiaire chargé de transmettre à l'incapable, ferait annuler le testament. L'intention du testateur clairement démontrée, à quel titre le légataire ou l'héritier apparent demanderait-il le maintien de la disposition? Pour la faire sortir à effet en faveur de l'incapable. Mais c'est précisément ce que la loi veut expressément empêcher. Pour s'en appliquer personnellement le bénéfice? Mais il n'a été institué que pour la forme et à la condition de restituer, et du jour où, foulant aux pieds la condition, il tenterait de s'y soustraire, il ajouterait le vol à la fraude et se constituerait, dès lors, doublement indigne.

Ce qui est décisif dans les testaments, c'est l'intention qui les a dictés. Celle-ci justifiée dans le sens d'un fidéicommis en faveur d'un incapable, il importe peu que l'institué ait ou non un engagement pour la faire sortir à effet. Cet engagement est de plein droit présumé, par cela seul qu'il est certain que le testateur ne l'a appelé que comme personne interposée. Cela suffit, en effet, pour prouver qu'il n'a aucun droit à la chose léguée, que l'intention du disposant n'a jamais été de lui donner personnellement.

Conséquemment, l'existence de cette intention est la chose essentielle et décisive; elle peut et doit être prouvée par toute sorte de preuves : par

[1] Sur la loi 3, Dig., *de probat.*

[2] *Des Test.*, chap. VI, sect. III, n° 224.

documents, par l'aveu, par la correspondance, comme par témoins et par présomptions.

1623. — Il n'en est pas ainsi d'une substitution prohibée. La preuve de son existence ne peut résulter que d'un écrit ayant les caractères et les formes d'un acte de donation entre-vifs ou testamentaire. A cet égard, la doctrine est à peu près unanime. Seul, Merlin, soutient qu'il doit en être de la substitution fidéicommissaire prohibée comme du fidéicommis en faveur de l'incapable. Mais ce n'est pas en faveur de son opinion que se prononce la jurisprudence [1].

Dans la substitution, en effet, la première institution est sérieuse. Son existence est indispensable, puisque ce n'est qu'après la jouissance de celui qui en est l'objet que l'hérédité doit être restituée. Le testament qui la renferme est donc régulier; il ne saurait, dans aucun cas, être querellé de simulation.

Que faut-il donc, si ce testament ne renferme que cette institution, pour qu'on puisse y voir une substitution fidéicommissaire? Prouver qu'à côté d'elle existe une autre institution, un autre héritier indiqué pour en recueillir le bénéfice *ordine successivo;* en d'autres termes, justifier qu'il existe un nouvel et second testament. Or, cette justification ne peut résulter que d'un acte non-seulement écrit, mais encore revêtu de toutes les formes exigées pour les actes de dernière volonté. Donc, la preuve testimoniale est nécessairement impossible.

Dans ce cas, dira-t-on, il s'agit cependant d'une fraude à une loi d'ordre public, ni plus ni moins que dans le fidéicommis en faveur de l'incapable. Pourquoi donc une différence aussi radicale dans le mode de preuve admissible?

Pourquoi? Parce que ce que la loi prohibe dans les substitutions fidéicommissaires, ce n'est pas, à proprement parler, la possibilité d'une transmission des mêmes biens dans un ordre successif et à des personnes désignées ou convenues d'avance; ce qu'elle a voulu proscrire surtout, ce sont les graves, les nombreux inconvénients qui naissent de l'indisponibilité des biens grevés, de la facilité qu'elles offrent à la fraude contre les tiers auxquels le grevé aurait affecté les biens ostensiblement en sa possession. Or, supposez une substitution non écrite dans le testament, et cependant fidèlement et religieusement exécutée par le grevé, est-ce que les droits acquis par les tiers sur les biens de l'hérédité du chef du grevé et pendant la durée de sa jouissance pourront en être atteints? Non évidemment, car le pacte en vertu duquel la substitution s'opérerait ne pourrait pas même leur être opposé, et qu'institué par le grevé, l'héritier de celui-ci ne serait pas même recevable à soutenir qu'il tient ses droits de la disposition qui l'avait institué lui-même.

Au contraire, dans le fidéicommis au profit de l'incapable, l'objet de la prohibition de la loi serait constamment atteint si la preuve orale n'était pas admise. D'ailleurs, il ne s'agit plus d'établir l'existence de deux dispositions distinctes; ce qu'on veut prouver, c'est qu'il n'y a pas de testament régulier, parce qu'il n'y a pas d'héritier ou de légataire sérieux, puisque celui qui y figure comme tel, n'y figure que pour couvrir une interposition frauduleuse de personne; qu'il n'est qu'un prête-nom fictif. En d'autres termes, il s'agit, dans ce cas, de l'annulation du testament comme irrégulier. Dans celui de substitution arguée, on veut établir l'existence d'un second testament, tout en respectant le premier, dont il modifie les dispositions. On comprend, dès lors, que la preuve orale, admissible dans le premier cas, ne puisse et ne doive pas l'être dans le second. Un testament oral, fût-il certain, ne saurait créer aucun droit, produire aucun effet.

1624. — Le fidéicommis tacite n'est plus qu'une fiducie, si celui au bénéfice duquel il est réservé est capable de le recueillir; il doit donc sortir à effet. On peut faire indirectement ce qu'il est permis de faire d'une manière directe. Or, des motifs de haute convenance, l'intérêt et le repos de la famille peuvent empêcher qu'un testateur nomme publiquement telle ou telle personne qu'il croit cependant devoir avantager. Se confiant à un ami, à qui il dévoile ses intentions, il le charge de les réaliser, il n'y a là rien d'illicite. La capacité de la personne instituée réellement créerait un obstacle même à toute demande en preuve de l'existence du fidéicommis tacite. En effet, rapportée qu'elle fût, cette preuve ne pourrait faire annuler la disposition, et, dès lors, la demande en serait repoussée par application de la maxime *frustra probatur, quod probatum non relevat.*

1625. — Mais ce fidéicommis peut donner naissance à une fraude d'un autre genre. L'intermédiaire chargé de son exécution, oublieux de ses devoirs et trompant la confiance dont il était indigne, pourrait vouloir profiter personnelle-

[1] Zachariæ, t. V, p. 270; de Villargues, nos 350 et 351; Dalloz, vo *Substitution*, p. 216, nos 3 et 4; Limoges, 11 janvier 1841; cass., 16 mars 1842; Sirey, 41, 2, 265; et 42, 1, 627; cass., 18 juin 1835, 22 décembre 1814. *Contra*, Merlin, vo *Subst. fidéicomm.*, § 14.

ment de la disposition faite en sa faveur. Celui qui se prétendrait réellement appelé à en recueillir le bénéfice serait-il recevable à prouver cette qualité et à établir l'existence du fidéicommis, même par la preuve orale?

Cette question peut paraître délicate surtout lorsque, la disposition étant pure et simple, rien dans le testament ne prouve l'existence d'un fidéicommis. Cependant, comme après tout il ne s'agit pas de créer une disposition ; que la preuve offerte n'a pas d'autre objet que d'assurer la pleine et entière exécution de l'intention véritable du testateur, nous adopterions facilement l'affirmative, par application des principes que nous avons vus régir la preuve du fidéicommis en faveur de l'incapable.

D'ailleurs, l'abus que le légataire ou l'héritier prétend faire du testament est un véritable dol. Son existence rend la preuve orale admissible, soit en vertu de l'exception que le dol crée à tous les principes, soit en vertu de l'article 1348, qui permet d'y recourir lorsque la partie a été dans l'impossibilité de rapporter une preuve écrite.

Mais aucun doute ne pourrait s'élever sur cette admissibilité, si l'intention de ne faire qu'un fidéicommis était clairement manifestée par le testament. Alors, en effet, il y a certitude que l'héritier ou le légataire institué est tenu de restituer. Celui qui veut le contraindre à l'opérer en sa faveur est-il réellement la personne indiquée par le testateur? Telle est l'unique difficulté à résoudre; et comment pourrait-on le faire jamais, si on ne pouvait recourir à la preuve testimoniale pour la justification des faits susceptibles d'établir le droit contesté?

1626. — C'est par ces considérations que la cour de Pau a déclaré cette preuve recevable dans l'hypothèse suivante :

Le vicomte de T... rédige un testament renfermant la clause qui suit : Je lègue à Roger de Vic, mon ami, 20,000 francs, payables dans dix ans du jour de mon décès, et, en attendant le payement, l'intérêt en sera exigible à compter de mon décès, exempt de toute retenue ; voulant que Roger fasse l'emploi du présent legs tel que je lui ai indiqué et qu'il n'en soit comptable à personne, prohibant par exprès à mes héritiers et à tous autres toute réclamation à ce sujet ; et audit cas de réclamation, je veux que le legs tourne au profit dudit Roger, comme étant à lui fait personnellement, et en cas que ce dernier vînt à décéder avant l'ouverture dudit legs, je veux qu'il soit réversible sur la tête de l'abbé L..., aux clauses et conditions exprimées pour ce qui concerne ledit Roger, ayant audit L..., mon autre ami, fait la même communication d'emploi que celle que j'ai faite audit Roger.

En 1793, décès du testateur ; à cette époque Roger n'existait plus, et l'abbé L... était en émigration. La veuve du testateur, soupçonnant que le legs de 20,000 francs était sans doute destiné à une fille nommée Désirée, que son mari avait fait élever secrètement chez le sieur Roger de Vic, a fait payer à cette fille une pension égale aux intérêts du legs.

En 1806, l'abbé L... rentre en France. Il réclame, soit contre les enfants du testateur, soit contre leur mère, leur tutrice, le payement, avec intérêts, du legs secret de l'emploi duquel il est chargé. La veuve répond qu'elle est prête d'en faire la délivrance, mais elle exige que les intérêts qu'elle a payés jusque-là à la demoiselle Désirée soient précomptés. L'abbé L... accepte cette déduction.

Cependant, et après deux ans écoulés sans qu'aucun emploi ait été donné au legs, la demoiselle Désirée, prétendant que c'est elle que le testateur a voulu gratifier, en demande le payement à l'abbé L... qu'elle poursuit judiciairement.

Interrogé sur faits et articles, celui-ci répond : que la demoiselle Désirée est étrangère au legs de 20,000 francs ; que la mission dont l'a chargé le testateur consiste en plusieurs emplois secrets; que le capital de 20,000 francs ne lui appartient pas; qu'il est destiné à tout autre qu'à lui, mais qu'il n'est pas obligé de nommer la personne indiquée.

La demoiselle Désirée offre alors la preuve de faits tendant à justifier sa prétention, et le tribunal, sans s'arrêter à diverses fins de non-recevoir proposées par l'abbé L..., ordonne cette preuve. Ce jugement étant frappé d'appel, le litige est déféré à la cour de Pau ; il était sur le point d'être jugé, lorsqu'une transaction intervient, en vertu de laquelle Désirée reçoit 9,000 francs. Par suite de cette transaction, un arrêt du 24 juillet 1811 relaxe l'abbé L... des demandes formées contre lui par la demoiselle Désirée.

Huit ans après, une autre personne, Rose Hautmont, se présente comme ayant droit à la moitié du legs de 20,000 francs. A sa requête, l'abbé L... est de nouveau interrogé sur faits et articles, et à la suite de cet interrogatoire, Rose Hautmont, cotant des faits justificatifs de sa demande, offre de les prouver par témoins.

L'abbé L..., qui n'avait encore fait aucun emploi du legs, suit contre la demoiselle Hautmont le système qu'il avait d'abord suivi contre la

demoiselle Désirée. En conséquence, il soutient que la demande est non recevable : 1° par application de la clause du testament, prohibant aux héritiers et à tous autres toute attaque contre sa disposition ; 2° par application des ordonnances de 1667 et 1735, exigeant que les dispositions de dernière volonté ne puissent être établies que par écrit.

Mais le tribunal de Pau repousse ces deux fins de non-recevoir et admet la preuve. Nous allons transcrire quelques-uns des motifs du jugement. Après avoir rappelé un à un tous les incidents de l'instance suivie en 1808 par la demoiselle Désirée, le tribunal continue :

« Attendu que ces faits doivent porter la justice à suspecter de plus en plus la bonne foi de l'abbé L..., si l'on se rapporte à ses réponses dans le premier interrogatoire, à savoir : que Désirée n'avait aucun droit aux 20,000 francs légués, et que s'il n'avait pas fait les emplois par lui prétendus, il en avait été empêché par elle-même ; que l'abbé L... est loin d'avoir répondu d'une manière satisfaisante à des contradictions qui ne doivent pas être sans influence sur le rejet ou l'admission des preuves, si, examinant sa conduite ultérieure, on ne voit pas en lui plus de fidélité ou d'empressement à exécuter le mandat verbal que lui donne son ami ;

« Qu'il aurait déjà, en 1808, selon sa réponse, accompli la volonté du testateur sans la demande indiscrète de la demoiselle Désirée ; interrogé, néanmoins, douze ans après, le 12 mars 1820, s'il a fait le payement du résidu du legs, il répond qu'il doit rendre encore une grande partie de la somme ; il ne dit rien des intérêts qu'il paraît avoir tournés à son profit ; il ne prétend point en avoir fait le payement à qui que ce soit, pas plus que du capital ; que la volonté du testateur n'est donc pas encore remplie puisqu'un seul emploi n'est pas encore fait, quoique, d'après le sieur abbé L..., la somme léguée eût pour objet plusieurs emplois divers ;

« Qu'il résulte de toutes ces circonstances et autres faits contenus dans les interrogatoires et autres pièces du procès, que l'abbé L... paraît avoir été infidèle à son mandat ; qu'il paraît n'avoir nullement exécuté les intentions ni la volonté du testateur, intention qui devait être d'autant plus sacrée pour lui, qu'elle fut entièrement confiée à sa bonne foi et à son honneur ; qu'il est donc en présomption de fraude ; et qu'il résulte assez clairement de ce qui précède que l'exécuteur testamentaire semble vouloir faire tourner à son profit le résidu de la somme léguée, comme il fit précédemment tous ses efforts pour priver la demoiselle Désirée d'une somme que l'événement prouva lui être légitimement due ;

« Attendu qu'il est de principe que personne ne peut tirer avantage de son dol ; que ces présomptions de fraude demeurant, il faut examiner en point de droit si les preuves offertes ne peuvent être admises sous ce rapport ;

« Qu'il ne saurait y avoir le plus léger doute à cet égard, parce que, toujours, la prohibition des preuves orales disparaît, lorsqu'on allègue le dol et la fraude, et que des présomptions suffisantes paraissent les établir. »

Examinant ensuite l'objection tirée des termes de l'ordonnance de 1735 et de l'article 1341 du Code civil, le jugement déclare qu'on ne doit pas s'y arrêter, attendu que la preuve offerte n'a pas pour objet de prouver contre le titre ; qu'elle ne tend qu'à justifier la destination affectée au legs par le testateur lui-même, affectation dont la demanderesse n'avait pas été à même de se procurer une preuve écrite, ce qui la placerait dans le cas d'exception prévu par la loi.

L'abbé L... se pourvut par appel contre ce jugement ; mais vainement. La cour de Pau le confirma avec adoption des motifs [1].

1627. — L'arrêtiste indique, comme professant une doctrine contraire, un arrêt de la cour de cassation du 28 décembre 1818. Mais il suffit de jeter un coup d'œil sur l'espèce de cet arrêt pour être convaincu qu'il ne saurait de près ni de loin infirmer celui que nous venons d'indiquer. En effet, la question soumise à la cour suprême était celle de savoir si les contradictions entre les dispositions testamentaires, si leur ambiguïté, peuvent être expliquées ou dissipées par la preuve testimoniale. La cour consacre la négative : Attendu que s'il se rencontre dans le testament des dispositions soit obscures, soit ambiguës, soit contradictoires et inconciliables, il appartient aux tribunaux d'interpréter les premières ou de déclarer les dernières nulles et comme non écrites ; mais que, soit qu'il y ait lieu à interprétation, soit qu'il faille déclarer nulles les dispositions qui se détruisent respectivement, l'un et l'autre de ces cas sont dans les attributions exclusives des juges saisis de la contestation ; que c'est dans l'acte lui-même, d'après leurs lumières et leur conscience, qu'ils doivent puiser les raisons de décider, et non dans la déposition de témoins, même sous le prétexte d'un commencement de preuve par écrit ; qu'en effet depuis l'ordonnance de 1735, dont les principes ont

[1] 17 juillet 1822.

passé dans le Code civil, la loi n'admet la preuve testimoniale ni pour créer des dispositions qui ne sont pas écrites dans le testament, ni pour expliquer celles qui sont obscures, ni pour révoquer ou modifier celles qui sont rédigées dans les formes prescrites, ni, en un mot, pour rechercher la volonté du testateur.

Or, demander à prouver qu'on est l'objet du fidéicommis résultant du testament, ce n'est pas vouloir créer une disposition non écrite, ni expliquer une disposition obscure, ambiguë ou contradictoire, ni provoquer la révocation d'aucune d'elles, ni enfin rechercher l'intention du testateur, clairement indiquée par le testament; c'est, en réalité, faire restituer à cet acte l'exécution légitime qu'il doit recevoir, c'est enlever à un intermédiaire indiqué un avantage qui ne lui a jamais été déféré, c'est vouloir justement se soustraire à une dénégation frauduleuse et dolosive qu'un sordide, qu'un impie intérêt ose inspirer. Conséquemment, ce qui serait illégal serait le refus de la preuve testimoniale, sans laquelle la mauvaise foi et la déloyauté les plus insignes usurperaient des droits appartenant à autrui.

Rendue dans cette dernière hypothèse, la décision de la cour de Pau ne rencontre aucune contradiction dans l'arrêt de la cour de cassation du 28 décembre 1818.

1628. — L'action en nullité d'une substitution prohibée ou d'un fidéicommis en faveur d'un incapable, que les héritiers refuseraient ou négligeraient de poursuivre, pourrait être exercée par leurs créanciers. Ce refus constituerait une véritable renonciation au préjudice de ceux-ci. Ils pourraient donc, en vertu de l'article 1166, se faire subroger à leur débiteur et faire ce qu'il ne voulait pas faire lui-même. Ils pourraient aussi, en vertu de l'article 1167, attaquer en leur nom la transaction par laquelle l'héritier abandonnerait, en fraude de leurs droits, tout ou partie de la succession, soit au substitué, soit à l'incapable. Mais la nullité n'en serait jamais prononcée que jusqu'à concurrence des dettes.

1629. — L'action en nullité d'une substitution prohibée ou d'un fidéicommis en faveur d'un incapable constitue une véritable pétition d'hérédité. De là les deux conséquences suivantes :

1° L'obligation de rendre la chose entraîne celle de restituer les fruits. Indépendamment de la mauvaise foi du possesseur évincé, ce résultat a pour fondement cette règle qu'en matière de succession surtout les fruits s'unissent et s'incorporent à la chose et qu'ils sont considérés comme l'hérédité elle-même : *Fructus augent hæreditatem ;*

2° La seule prescription applicable est celle régissant la pétition d'hérédité, c'est-à-dire celle de trente ans.

1630. — Nous avons déjà dit que la répudiation d'une succession ou d'un legs, au préjudice des créanciers du renonçant, les autorisait à faire annuler la répudiation et à accepter au lieu et place de leur débiteur [1]. Ce que nous avons dit des successions et legs en général, s'applique au cas où le droit répudié est un simple droit d'usufruit. Rien, en effet, ne pouvait faire qu'il n'en fût pas ainsi.

L'usufruit constitue évidemment un droit utile non-seulement pour celui qui est appelé à en jouir, et dont il augmente ainsi les ressources, mais encore pour les créanciers auxquels il offre un surcroît de garanties. Celui qui le répudie aliène donc une propriété que les créanciers ont intérêt à conserver en sa possession. Ils devaient donc, comme dans tous les autres cas, être appelés à se défendre contre une injuste et préjudiciable spoliation. Cette faculté leur est au reste concédée en termes formels par l'article 622 du Code civil.

La renonciation à un usufruit se place donc sur la même ligne que celle à une succession, à un legs quelconque. Dès lors les règles tracées pour l'exercice du droit des créanciers dans l'une et dans l'autre, obéissant aux mêmes motifs, doivent arriver à un résultat identique et recevoir une application commune.

1631. — Il y a pourtant entre ces renonciations une différence essentielle qu'il convient de rappeler. Une succession, un legs, appréhendé qu'il soit, ne peut plus être répudié. L'usufruitier, au contraire, est libre de renoncer à son droit à quelque époque que ce soit, après comme avant sa mise en possession effective, et quelle qu'ait été d'ailleurs la durée de la jouissance.

Il suit de là que cette renonciation est dans le cas de compromettre d'autres intérêts que ceux des créanciers. Il peut se faire, en effet, que des tiers aient légalement acquis sur l'usufruit des droits que la renonciation pourra plus ou moins frauduleusement compromettre.

1632. — Telle serait évidemment la position de celui qui aurait acquis l'usufruit. De toute certitude, la vente que l'usufruitier en aurait consentie le placerait dans l'impossibilité d'y renoncer ultérieurement. Aussi ne nous oc-

[1] Voy. *suprà*, n° 1561.

cupons-nous de cette hypothèse que pour indiquer les précautions que l'acquéreur doit prendre pour échapper aux effets d'une renonciation n'ayant pas d'autre objet que de lui enlever les droits qu'il a acquis et payés.

Ces précautions sont indiquées par la nature des choses. L'acte d'acquisition doit être authentique ou tout au moins avoir une date certaine avant la renonciation. Il faut de plus, et par rapport aux tiers, qu'il ait été accompagné des formalités auxquelles sont soumises les aliénations immobilières.

A défaut d'un titre authentique ou ayant date certaine, la consolidation de l'usufruit sur la tête du nu propriétaire serait la conséquence inévitable de la renonciation de l'usufruitier. Le titre informe dont l'acquéreur se prévaudrait ne saurait être un obstacle à ce résultat avec d'autant plus de fondements qu'en lui accordant un effet contraire, on s'exposerait à consacrer une fraude. L'usufruitier qui aurait regret à la renonciation n'aurait qu'à simuler une vente qu'il daterait d'une époque antérieure à cette renonciation, et se ménagerait ainsi le moyen de recouvrer ce qu'il avait définitivement aliéné.

A défaut de transcription, les inscriptions prises postérieurement à la vente grèveraient utilement l'usufruit, pour dettes antérieures, si cette vente était authentique ou si elle avait acquis date certaine; pour dettes mêmes postérieures, si la date de l'acte n'avait ni authenticité ni certitude.

1633. — L'usufruit, pouvant être vendu, peut également être engagé. Il est également certain que, dans ce dernier cas, les droits du créancier seraient sur la même ligne que ceux de l'acquéreur. Toute renonciation ultérieure resterait sans effet et de nulle valeur tant que l'antichrésiste n'aurait pas été intégralement remboursé de ce qui lui est dû.

1634. — Ce qui ne peut être fait au mépris des droits de l'acquéreur ou de l'antichrésiste ne saurait l'être au préjudice des créanciers hypothécaires ou cédulaires, devenus tels dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis l'acceptation de l'usufruit jusqu'au moment de la renonciation. L'affectation résultant, dans les deux premiers cas, de la convention des parties, résulte, dans le dernier, de la loi elle-même, exigeant que l'intégralité de l'actif du débiteur devienne le gage des créanciers. Comme dans toutes les autres circonstances, l'action paulienne est, dans notre hypothèse, introduite surtout dans l'intérêt des chirographaires. Ce n'est, en effet, que par son exercice qu'ils pourront obtenir leur payement, tandis que les créanciers hypothécaires sont dans le cas de trouver dans leur qualité même le moyen de se passer de son secours.

1635. — Dans la poursuite de l'action révocatoire, il convient de s'attacher d'abord au caractère de la renonciation. Ses effets varient selon qu'elle a été faite à titre gratuit ou à titre onéreux.

La première, constituant une pure libéralité, est, en vertu des principes généraux que nous avons déjà rappelés, de plein droit présumée frauduleuse, non-seulement contre son auteur, mais encore contre le tiers appelé à en recueillir le bénéfice. Elle doit donc être annulée, quelle que soit la bonne foi de ce dernier.

La seconde, au contraire, est une véritable vente, un rachat de la jouissance à prix d'argent. Elle ne pourrait donc être annulée, alors même que la preuve de la fraude serait acquise contre le renonçant, que s'il était établi que le bénéficiaire a connu cette fraude et s'y est volontairement associé. Sa bonne foi ferait maintenir l'acte, car sa condition étant égale à celle des créanciers, il serait injuste de le constituer lui-même en perte pour procurer un avantage à ceux-ci.

1636. — Nous n'avons pas à revenir sur les conditions de la recevabilité de l'action révocatoire, sur les objections que son exercice peut soulever. Les principes généraux que nous avons exposés reçoivent ici leur pleine et entière exécution. Nous les résumons seulement, pour la matière spéciale qui nous occupe, dans les propositions suivantes :

1° Tant que la renonciation n'est pas convertie en contrat, les créanciers peuvent l'empêcher en exerçant les droits et actions de leur débiteur, et en se faisant autoriser à accepter en son lieu et place;

2° La renonciation consommée par les formalités légales peut être attaquée par les créanciers comme faite au préjudice de leurs droits, et être révoquée en ce qui les concerne;

3° Si la renonciation a été consentie à titre gratuit, et qu'elle ait rendu le renonçant insolvable, elle est de plein droit présumée frauduleuse à l'égard de toutes les parties, et, comme telle, annulée en faveur des créanciers;

4° Si elle a été faite à titre onéreux et que le nu propriétaire ait racheté le droit d'usufruit, les créanciers sont recevables à quereller l'acte de rachat, mais ils ne peuvent le faire annuler qu'en justifiant la collusion et la fraude de toutes les parties;

5° Si l'usufruit a été aliéné à titre de constitution dotale, son abandon ne saurait être révo-

qué que si les époux avaient connu et partagé la fraude du constituant;

6° Enfin, si à l'époque de la renonciation l'usufruitier avait, dans ses autres ressources, le moyen de satisfaire ses créanciers, le bénéficiaire ne pourrait être privé de l'avantage qu'il en a recueilli. L'insolvabilité du débiteur n'étant que la conséquence d'événements subséquents, la renonciation conserverait son caractère, il serait impossible de la considérer comme faite au préjudice des créanciers, puisqu'en fait, au moment où elle s'accomplissait, leurs droits n'en étaient nullement atteints.

1637. — La renonciation que le père ferait à l'usufruit des biens de ses enfants peut-elle être attaquée par l'action paulienne?

La question ne saurait être douteuse, s'il s'agissait d'un usufruit ordinaire, soit que cet usufruit ait été réservé par le père vendant ou donnant à ses enfants, soit qu'il ait été imposé comme charge d'une disposition faite en leur faveur par un parent ou un étranger. Dans l'un et l'autre cas, cet usufruit, ne devant s'éteindre qu'à la mort du père, constituerait une véritable propriété sur laquelle les créanciers ont dû compter.

La renonciation du débiteur, ayant pour but de leur enlever toute garantie, se trouverait par cela même soumise à toutes les recherches que ce résultat autorise, et notamment à l'action révocatoire ouverte par l'article 622.

Mais la question devient plus délicate lorsqu'il s'agit de l'usufruit que la loi confère au père sur les biens de ses enfants mineurs. Il est certain qu'il existe entre cet usufruit et l'usufruit conventionnel des différences telles, qu'elles peuvent inspirer le doute.

Ainsi, quant à sa durée, l'usufruit légal ne s'attache pas à la personne du père; il cesse dès que les enfants ont atteint leur dix-huitième année. Ainsi encore, comme corrélative au droit du père, existe pour lui l'obligation de prélever, sur cet usufruit, les sommes nécessaires pour fournir aux aliments, à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Conséquemment, si la renonciation enlève au père un droit, elle l'exonère également d'une obligation. Elle n'est donc pas consentie à titre purement gratuit. Elle participe incontestablement de la dation *in solutum* et peut, sous ce rapport, être assimilée à l'aliénation à titre onéreux.

Ce qui doit s'induire de ces caractères, c'est non pas que la renonciation à l'usufruit légal soit affranchie de l'action révocatoire, les termes généraux de l'article 622 proscrivant cette solution, mais que cette action doit être très-difficilement admise; qu'il n'y a même lieu à présumer la fraude à l'endroit du père que si, du rapprochement du revenu qu'il abandonne et des charges qui le grèvent, il naît une disproportion tellement choquante, qu'on ne puisse expliquer cet abandon que par le désir de se soustraire aux conséquences de sa position obérée.

Dans tous les cas, l'annulation de la renonciation ne confère aux créanciers d'autres droits que ceux que le père pourrait lui-même exercer. Conséquemment, en ce qui concerne l'usufruit légal, la jouissance par les créanciers reste soumise à l'obligation de fournir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants. En regard de ceux-ci, on devrait faire déterminer, soit par le conseil de famille, soit par la justice elle-même, une somme suffisante pour remplir ce triple objet et dont le prélèvement s'opérerait sur les revenus annuels.

1638. — Nous l'avons déjà bien souvent répété, on ne peut faire indirectement ce qui ne peut pas être fait directement. Or, pour le père, émanciper ses enfants, c'est renoncer à l'usufruit légal dont la cessation se réalise par la seule force attachée à cet acte. Les créanciers ainsi frustrés pourront-ils quereller l'émancipation et en demander la révocation comme faite au préjudice de leurs droits?

Cette question était l'objet d'une vive controverse sous l'empire de notre ancien droit. Cependant la jurisprudence du parlement de Paris l'avait résolue négativement.

Cette décision était d'autant plus remarquable, que l'opinion contraire pouvait, à cette époque, invoquer de graves et puissants motifs; que la fraude était plus imminente, et que ses conséquences étaient de nature à occasionner un préjudice très-considérable. En effet, en vertu des principes empruntés au droit romain, indépendamment de ce que l'usufruit légal ne cessait qu'à la mort du père, celui-ci avait le droit d'émanciper ses enfants à tout âge. La cessation de l'usufruit enlevait donc aux créanciers des ressources certaines, dont la perte était de nature à rendre leur payement impossible.

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui : d'une part, l'usufruit légal du père est éteint par cela seul que les enfants sont parvenus à leur dix-huitième année; de l'autre, il ne peut y avoir d'émancipation que lorsqu'ils ont quinze ans révolus, c'est-à-dire à une époque tellement rapprochée de celle de la cessation forcée de l'usufruit, que son abandon perd nécessairement beaucoup de son importance et de sa nocuité.

1657. — Y a-t-il don mutuel et réciproque lorsque les époux vendant un immeuble de la communauté en laissent le prix à rente viagère, qu'ils déclarent réversible, en tout ou en partie, sur le survivant?
1658. — La donation indirecte n'est valable que si elle se renferme dans les limites des articles 1094 et 1098. — Caractères de ces deux dispositions.
1659. — La vente ne peut pas être d'un grand secours pour les éluder.
1660. — *Secus* de la reconnaissance d'une dot fictive ou de la quittance de celle non reçue.
1661. — De la fausse évaluation donnée au mobilier des époux.
1662. — De la dissimulation du prix des propres aliénés.
1663. — Il y a donation indirecte dans l'adoption du régime de la communauté, en cas d'inégalité dans l'apport respectif.
1664. — Effets de cette adoption, soit légale soit conventionnelle, vis-à-vis des enfants d'un premier lit.
1665. — La réduction ne s'opère que sur le capital. — Les revenus tombent en communauté.
1666. — Faculté qu'ont les époux de se faire des donations déguisées ou par personne interposée. — Cas dans lesquels cette interposition est présumée de droit.
1667. — C'est par l'état des choses au moment de la donation que la question d'interposition doit être appréciée.
1668. — Les ascendants sont-ils compris dans la catégorie des personnes présumées interposées?
1669. — Faculté de prouver, dans tous les cas, l'interposition de personne.
1670. — Effet de la donation résultant d'un fidéicommis tacite.
1671. — Résumé.
1672. — Reproche adressé à l'article 1094, à propos de la réserve des ascendants.
1673. — La quotité disponible ne se détermine qu'à la mort du donateur. — Toute action en nullité ou en réduction est donc irrecevable pendant sa vie.
1674. — Arrêt de la cour de Grenoble soumettant un prétendu donataire à donner caution sur la demande des enfants.
1675. — L'époux donateur n'est pas admissible à quereller la donation de simulation.
1676. — La donation indirecte, faite au mépris de l'article 1099, est réductible.
1677. — La donation déguisée ou faite par personne interposée est nulle. — Controverse à ce sujet.
1678. — Motifs donnés, à l'appui de l'opinion contraire, par Duranton, Vazeilles et autres jurisconsultes.
1679. — Réponse de Merlin, Grenier, Toullier et Delvincourt.
1680. — L'opinion consacrant la nullité absolue est plus conforme au texte et à l'esprit de la loi.
1681. — Jurisprudence conforme de la cour de cassation.
1682. — Arrêts contraires des cours de Paris et de Bourges.
1683. — Conclusion.
1684. — Renvoi pour ce qui concerne les incapacités édictées par l'article 909.
1685. — Origine de la réserve légale des descendants et ascendants.
1686. — Qualité de cette dernière.
1687. — Comment se calcule celle des enfants. — Faculté de disposer de l'excédant. — Exception pour le mineur.
1688. — L'indisponibilité de la réserve des articles 913 et 915 n'est pas moins absolue que celle des articles 1094 et 1098.
1689. — Droit des enfants d'attaquer la renonciation faite à une communauté ou à un legs constituant une donation indirecte. — Différence dans la nature et les effets de l'action et de celle accordée aux créanciers.
1690. — Peut-on cumuler les quotités disponibles des articles 913 et 1094.
1691. — Conséquences de l'indisponibilité à l'endroit des donations indirectes. — Actes pouvant les constituer.
1692. — Présomption qui s'attache aux ventes faites à un successible direct à rente viagère, à fonds perdu ou sous réserve d'usufruit.
1693. — Exception que l'article 918 introduit à la règle qu'on ne peut traiter sur succession future. — Dangers qu'elle présente.
1694. — La présomption de libéralité n'existerait pas si la vente à fonds perdu ou sous réserve d'usufruit a été faite à un collatéral.
1695. — L'action en réduction ou en nullité appartenant aux réservataires peut être exercée par leurs créanciers, mais non par les légataires.
1696. — Excepté pour les libéralités faites aux enfants naturels ou incestueux.
1697. — Nature du droit que les uns et les autres sont appelés à exercer dans les successions.
1698. — Fraudes dont la donation régulière, sous le rapport de la capacité des parties, peut être l'occasion.
1699. — Supposition de part. — Ses conséquences.
1700. — Légitimation, par mariage subséquent, de l'enfant d'autrui.
1701. — Peut-elle être contestée? Négative soutenue par Chardon. — Réfutation.
1702. — Arrêt de Bordeaux pour l'affirmative.
1703. — La survenance d'enfants peut être le résultat de l'adultère personnel de la femme ou concerté entre les époux. — Effets.
1704. — La faculté d'aliéner les biens qu'il s'est réservés peut devenir, pour le donateur, un moyen de diminuer l'émolument de la donation.
1705. — Droit du donataire de contester la sincérité des aliénations.
1706. — Fraude résultant de l'abus de jouissance, lorsque le donateur s'est réservé l'usufruit.
1707. — La négligence mise à la conservation du fonds est assimilée aux dégradations.
1708. — Caractère que cette négligence pourrait prendre à l'endroit des créanciers de l'usufruitier. — Droit de ceux-ci d'intervenir dans les contestations. — Objet de cette intervention.
1709. — Fraude constituée par la violation de l'article 614. — Conséquences.
1710. — Le préjudice éprouvé par le nu propriétaire motive soit la perte absolue de l'usufruit, soit la conversion en une prestation annuelle.
1711. — C'est cette conversion qu'on devrait prononcer dans tous les cas, lorsque l'usufruit n'a pas été constitué à titre purement gratuit.
1712. — Les règles régissant l'usufruitier s'appliquent au père ayant l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs.
1713. — L'abandon ou la destitution de la tutelle entraîne-t-il la perte de l'usufruit légal?
1714. — Fraude résultant de l'aliénation postérieure à la donation.
1715. — Son importance et ses effets dans les donations autorisées par les articles 1082, 1084 et 1086 du Code civil.
1715 *bis*. — Peut-on valablement déroger à l'article 1085

et convenir que le donateur s'interdit le droit d'aliéner à titre onéreux.

1716. — Obligation pour le nu propriétaire d'exécuter les baux loyalement consentis par l'usufruitier.

1717. — Droits des héritiers et des créanciers du donataire, en cas de fraude du donateur.

1718. — Droits de ces derniers, dans l'hypothèse d'une fraude concertée contre eux par le donateur et le donataire.

1719. — La fraude du donataire contre le donateur se résume dans l'inexécution ou l'ingratitude. — Intérêt du premier à l'éviter.

1720. — Dangers en résultant pour ses créanciers.

1721. — Effets, par rapport à ceux-ci, de la révocation pour cause d'inexécution des conditions.

1722. — Droit que la loi leur confère de l'empêcher, en s'obligeant ou en garantissant l'exécution. — Nature de leur obligation.

1723. — La révocation pour ingratitude ne saurait être empêchée par les créanciers. — Effet de celle-ci. — Conséquences.

1724. — Faits qui la constituent.

1725. — Nécessité de la réunion de la matérialité et de la culpabilité.

1726. — Quels sont les délits prévus par l'article 955?

1727. — L'article 955 n'exige pas, comme l'article 727, le fait pour l'héritier que le donataire ait été condamné.

1728. — Caractère que doivent offrir les sévices et injures.

1729. — Gravité du refus d'aliments, éléments de son appréciation.

1730. — Conséquences de la règle que la révocation n'est dans aucun cas de plein droit acquise.

1731. — Délai dans lequel l'action en révocation doit être intentée. — Passe-t-elle aux héritiers du donateur?

1732. — Les créanciers du donateur peuvent-ils la poursuivre?

1733. — Les donations par contrat de mariage sont révocables pour cause d'inexécution. — Exception à la règle qu'elles ne sont pas révoquées pour ingratitude.

1734. — Les donations renfermant une substitution prohibée sont nulles.

1642. — Nous avons dit, en parlant des testaments, que la faculté de répartir soi-même sa fortune est un des attributs les plus précieux du droit de propriété, celui qui se recommande le plus hautement aux yeux de la morale et de la justice.

Quoi de plus juste, en effet, que de punir l'ingratitude et l'inconduite? Quoi de plus moral que de vouloir s'attacher par des bienfaits celui qui n'a jamais cessé d'en être digne, reconnaître ceux qu'on a reçus, récompenser les services importants qui nous ont été rendus? On comprend que la faculté de se livrer à de pareils sentiments ait été, de tout temps, l'objet d'une jalouse sollicitude de la part des citoyens, d'une faveur marquée de la part des législations qui se sont succédé.

La donation entre-vifs est l'expression la plus élevée de cette faculté. Le donateur y préfère les intérêts du donataire à son intérêt propre, puisqu'il se dépouille immédiatement en sa faveur. C'est surtout dans ce résultat qu'il faut chercher les motifs des règles que la loi a tracées à la donation. En effet, donner ce qu'on possède est une conséquence si directe, si immédiate du droit de propriété, qu'on ne comprendrait pas que le législateur ait pu se croire autorisé à imposer à cette faculté des restrictions, des conditions quelconques.

1643. — Mais le dépouillement actuel et irrévocable, qui en est la conséquence, exigeait que son exercice fût, plus qu'aucune des transactions de la vie commune, le résultat d'un consentement réfléchi, éclairé et libre. Céder à un entraînement puisé dans les meilleurs sentiments, obéir à une pensée de générosité exagérée, à une affection aveugle, pouvait avoir pour le donateur les conséquences les plus fâcheuses, celle entre autres de se ménager un avenir de misère, de regrets et de remords. Prévenir autant que possible ce douloureux résultat, était, pour le législateur, un véritable devoir social. Ce n'était pas tout, en effet, de s'écrier, avec la sagesse éternelle : *Audite me, magnates, et omnes populi! filio, mulieri, fratri et amico, non des potestatem super te in vita tua, et non dederis aliis possessionem tuam, ne forte pœniteat te. In die consummationis dierum vitæ tuæ, et in tempore exitus tui, distribue hæreditatem tuam* [1]. Il fallait encore venir en aide à celui qui n'avait oublié ce prétexte que vaincu par une force matérielle ou morale, à laquelle il a volontairement ou involontairement cédé.

De là les dispositions réglant la forme des donations et les exigences à l'endroit de celles dans lesquelles l'influence du donataire a pu avoir une trop grande part. De là encore les restrictions que certaines autres ont dû recevoir.

Nous n'avons, quant aux premières, qu'à renouveler le regret déjà exprimé, que la validité de la donation, déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, annule à peu près l'effet que loi s'en était promis. A quoi bon, en effet, tracer des formes spéciales à la donation, si, par une vente même sous seing privé, on arrive à un effet plus énergique encore, en rendant la libéralité irrévocable, même dans le cas d'ingratitude?

1644. — Les restrictions, mises au droit de donner, reconnaissent pour cause, en première ligne, l'influence certaine du donataire, son emploi probable; l'intérêt de la famille, qu'il

[1] *L'Ecclésiastique*, chap. XXXIII, § 3, vers. 20.

importe de protéger non-seulement contre la haine dont elle pourrait être l'objet de la part de son chef, mais encore contre l'affection qui le porterait à vouloir enrichir un des enfants au préjudice des autres; enfin, la volonté expresse du législateur d'assurer, dans tous les cas, les règles que l'intérêt général lui a fait prescrire.

Cette triple éventualité résume toutes les espèces d'incapacités, tous les cas de nullité ou de réduction dont la donation est susceptible. Dans la première catégorie se placent celles faites entre époux ou en faveur des médecins, chirurgiens ou ministres des cultes; dans la seconde, nous rencontrons les libéralités faites au préjudice des réservataires, soit au profit d'un successible, soit en faveur d'un étranger ou d'un parent plus éloigné; enfin, dans la troisième se rangent les dispositions concernant les enfants adultérins, incestueux ou naturels simples, et les donations faites en fraude des droits des tiers.

1645. — Avant mariage, et dans le contrat réglant leurs conventions matrimoniales, les futurs sont libres de se consentir réciproquement telles donations qu'ils jugent convenables. En fait, ces donations peuvent ne pas être entièrement libres, en ce sens que, d'une part, le consentement est forcé par la nécessité de la consommation du mariage; que, de l'autre, ce consentement n'est que le résultat d'une passion adroitement excitée et entretenue. Cependant, la célébration du mariage les rend irrévocables.

Ce qui a déterminé cette conséquence, c'est d'abord l'importance sociale du mariage. Le législateur a dû éprouver le besoin d'en favoriser l'essor dans l'intérêt de l'État. La faculté illimitée laissée aux époux de se donner réciproquement était, sans contredit, un des moyens les plus énergiques pour atteindre à ce résultat.

Ses conséquences d'ailleurs ne pouvaient présenter aucun danger sérieux. C'est surtout en faveur des descendants que la loi s'est préoccupée de l'excès dans les libéralités. Or, dans l'espèce, les enfants nés du mariage ne sauraient éprouver le moindre préjudice des donations consenties par le contrat de mariage, et cela, par la double raison que voici :

1° Les enfants issus des époux héritent également de l'un et de l'autre. Ils trouveront donc dans la succession du donataire ce qu'ils auraient trouvé dans celle du donateur, si la donation n'avait pas existé;

2° Les donations, par contrat de mariage, irrévocables sans doute, ne sont pas irréductibles. L'existence d'enfants issus du mariage, à la mort de l'époux donateur, place la donation sous le coup de la disposition de l'article 1094.

Conséquemment la loi devait d'autant moins hésiter à consacrer la faculté illimitée de se donner, qu'en ce qui concerne les enfants, cette faculté n'est pas dans le cas de leur occasionner le moindre préjudice. Dans tous les cas, la légitime, qui leur est réservée, doit leur arriver et leur arrive intacte.

1646. — Mais cette faculté n'existe plus lorsque son exercice aurait pour conséquence de méconnaître ou de léser des droits légalement ou conventionnellement acquis.

Ainsi la donation faite entre époux par le contrat de mariage devrait être annulée, si elle avait été consentie en fraude des droits des créanciers du donateur. Tel serait, avons-nous dit, le sort de la constitution dotale elle-même, sur la poursuite des créanciers du constituant[1]. Mais il y aurait, entre celle-ci et la donation que les époux se feraient réciproquement, cette différence que cette dernière constituant une pure libéralité, son annulation serait la conséquence forcée de la fraude du donateur; il importerait peu que le donataire eût connu ou ignoré la fraude, qu'il s'en fût rendu ou non le complice. Dans tous les cas, la réclamation des créanciers triompherait, le débiteur n'a pu ni dû se montrer généreux à leurs dépens : *Nemo liberalis nisi liberatus.*

1647. — Ainsi encore, aux termes de l'article 1098, l'époux qui, ayant des enfants d'un premier lit, contracte un second ou subséquent mariage, ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant légitime, le moins prenant, sans que, dans aucun cas, les donations puissent excéder le quart des biens.

Le fondement de cette disposition est d'une évidence extrême, il réside dans l'intérêt des enfants issus d'un précédent mariage. Ces enfants, en effet, demeurent légalement étrangers au nouvel époux, ils n'ont aucun droit à sa succession. L'acte qui ferait passer sur la tête de celui-ci une part plus ou moins notable des biens de leur père leur occasionnerait un grave préjudice, une perte incontestable.

La loi n'a pas voulu se prêter à cette spoliation, aussi déroge-t-elle dans cette circonstance, non-seulement au principe de liberté illimitée des donations contractuelles, mais encore à l'article 1094 réglant la quotité disponible entre époux. Le nouveau conjoint pourra bien avantager celui ou celle qui s'unit à son sort, mais

[1] *Vid. suprà*, n° 1467.

tous avantages directs ou indirects entre mari et femme, pendant le mariage, les testamentaires aussi bien que celles entre-vifs ;

2° Celles qui prohibaient les donations entre-vifs, sauf le don mutuel, à l'égard de certains biens et en certains cas, mais qui permettaient les donations testamentaires ;

3° Celles qui avaient adopté purement et simplement la doctrine du droit romain, telle qu'elle était pratiquée dans les pays de droit écrit ;

4° Enfin, celles qui permettaient à l'un des conjoints de faire à l'autre donation entre-vifs simple, au moins en certains cas et sous certaines restrictions [1].

1651. — Les motifs sur lesquels le droit romain fondait la prohibition des libéralités entre époux, pendant le mariage, sollicitèrent vivement l'attention des auteurs de notre Code. Au même titre que le législateur romain, ils sentirent la nécessité d'empêcher que le mariage ne dégénérât en une spéculation vénale; que l'intérêt ne transformât en une source de discussions une union où devaient régner la concorde et la paix; ils craignirent qu'un époux trompé par les apparences d'une fausse tendresse, bientôt suivie, une fois le but atteint, de l'abandon et du mépris, assailli d'obsessions continuelles, effrayé par des menaces peut-être, ne se laissât arracher un consentement qu'il serait réduit à regretter toujours; enfin ils pensèrent qu'on ne devait pas même tolérer que les époux, entraînés par une affection désordonnée, se dépouillassent inconsidérément.

Fallait-il, dans cette prévision, en revenir au principe rigoureux d'une prohibition absolue? Suffisait-il d'attacher à ces libéralités un caractère de révocabilité tel que la faculté laissée aux époux de se donner ne pût, dans aucun cas, offrir pour le donateur un danger effectif et réel?

L'article 1096 nous indique de quelle manière le législateur a résolu ces questions. La solution adoptée est sage, et ce qui le prouve, c'est que l'expérience avait amené le droit romain à la consacrer. Les époux pourront donc se donner réciproquement des témoignages de leur affection, de leur reconnaissance. Les avantages que l'un d'eux aura extorqués par la ruse, la fraude, la violence, l'ingratitude dont il payerait les bienfaits de son conjoint, pourront toujours être atteints par la faculté illimitée de révocation que la loi reconnaît au donateur.

[1] Pothier, *Donat. entre époux*, nos 7 et suiv.

1652. — Cette faculté dont le mari peut librement user serait devenue illusoire pour la femme, si elle n'avait pu l'exercer qu'avec l'autorisation de son mari ou, à défaut, de la justice. C'était, dans le premier cas, demander au donataire de se dépouiller lui-même; c'était, dans le second, rendre, dans bien des cas, la révocation impossible. En effet, les causes qui ont contraint le consentement, la violence, les menaces qui ont arraché la donation, sont dans le cas d'exiger que la révocation en reste essentiellement secrète. Or, la publicité nécessaire d'une instance en autorisation rendait tout secret impossible, et ramenait dans le ménage ces obsessions, ces persécutions, ces menaces dont la femme s'est rédimée par la donation, et devant lesquelles elle s'abstiendra forcément de toute rétractation; cela était trop évident pour que la loi ne dispensât pas la femme de la nécessité d'une autorisation quelconque.

1653. — La question de savoir si la donation a été ou non révoquée, est importante pour les héritiers du donateur, pour ses créanciers postérieurs. Ceux-ci, en effet, ne pourront exécuter les biens donnés que si par cette révocation ils sont rentrés en la possession de leur débiteur. Ces intérêts faisaient un devoir au législateur de s'expliquer sur la survenance d'enfants.

On sait que, pour les donations ordinaires, cette survenance les révoque de plein droit, à tel point que la mort de l'enfant, postérieurement réalisée avant celle du donateur, ne fait pas revivre la donation. Or, pouvait-on dire, que les donations faites par contrat de mariage ne soient pas révoquées pour cause de survenance d'enfants, rien de plus naturel et de plus légitime. Les époux ne contractant leur union que dans le but de se créer une famille, l'idée de donner malgré la paternité est inséparable de l'acte réalisé par les conjoints. Aucun d'eux ne pourrait raisonnablement prétendre qu'il n'a donné que dans la prévision que le mariage resterait stérile.

Mais il n'en est pas de même pour les donations faites pendant le mariage. Alors, ce qui a pu motiver la libéralité, c'est que, marié depuis longtemps, et n'ayant plus le doux espoir de devenir père, le donateur a voulu favoriser son conjoint; que si, contre son attente, des enfants naissent après la donation, ne serait-il pas juste, dans l'intérêt de ceux-ci, d'en anéantir les effets?

Ces objections ne peuvent soutenir l'examen, en présence de la faculté donnée à l'époux de révoquer ses libéralités tant que le mariage ne

s'est pas dissous par la mort. Il peut donc, si l'existence d'enfants l'eût empêché de donner à son conjoint, user de cette faculté et révoquer ses dispositions. S'il n'use pas de cette faculté, c'est qu'il persiste dans sa volonté première, c'est que son abstention constitue une libéralité nouvelle contre laquelle la fiction imaginée dans le cas de donations irrévocables ne serait plus qu'un évident mensonge.

Quant aux enfants, leur intérêt est sauvegardé par la réductibilité de la donation. Tout ce qui peut en résulter contre eux, c'est la disposition de la quotité disponible, sur laquelle leur droit est exclusivement subordonné à la volonté de leur père. Or, cette volonté résultant du défaut de révocation d'une précédente libéralité, il doit en être ce qu'il en serait de celle expressément manifestée dans un acte postérieur à leur naissance. D'ailleurs, par cela seul que la loi a admis la réduction, elle a repoussé la révocation.

Ces considérations étaient plus que suffisantes pour décider la question que nous examinons. Cependant, dans le but louable d'éviter toutes contestations, toutes difficultés, le législateur a cru devoir la trancher expressément par la négative dans l'article 1096.

1654. — La loi ne s'étant pas expliquée sur la forme des actes de révocation, on en a conclu qu'il suffit d'une révocation expresse, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé, quand même ce dernier ne serait pas entièrement écrit et daté de la main du donateur [1].

Duvergier, dans ses notes sur la loi du 21 juin 1843, soutient que l'article 2, exigeant que les actes notariés, contenant révocation de donation, soient, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins, ne permet plus la révocation par acte sous seing privé.

Cette opinion ne paraît pas admissible. Il a toujours été admis en doctrine et en jurisprudence que la donation entre époux peut non-seulement être révoquée par une clause expresse de son testament olographe, mais encore que l'incompatibilité des dispositions de ce testament avec cette donation équivaut à révocation [2].

Cet effet est d'ailleurs la conséquence directe de la nature de la donation entre époux. La révocabilité absolue qui la caractérise la rend une libéralité à cause de mort, plutôt qu'une véritable disposition entre-vifs; et il n'est pas douteux que depuis la loi de 1843, comme avant, la révocation contenue dans un testament olographe, soit expressément, soit tacitement par incompatibilité, en détruirait tous les effets.

Donner à la loi de 1843 la conséquence qu'en tire Duvergier, c'est lui attribuer un caractère qu'elle ne comporte pas. A notre avis, cette loi ne fait qu'une seule chose, à savoir : régler la forme de la révocation notariée. Mais cela dit-il que cette révocation ne pourra être faite d'aucune autre manière? Non, bien certainement, et le texte de l'article 2 va nous en fournir la preuve irrécusable. Ce que cet article dit de la révocation de la donation, il le dit également pour celle du testament. Or, pourrait-on soutenir que le testament sous seing privé, valable en la forme, ne peut valablement révoquer un testament? Nous sommes convaincu que Duvergier lui-même ne résoudrait pas affirmativement cette question.

La loi de 1843 n'a donc rien innové sur la forme de la révocation. Elle se borne à trancher la difficulté que la présence effective du notaire en second avait fait naître. Ainsi, à l'avenir, la révocation, si elle est faite par acte notarié, ne sera valable que si l'acte a été reçu réellement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. Mais cette forme ne devient pas obligatoire. La révocation par acte sous seing privé, reconnu, non contesté, n'en sera pas moins valable.

Nous ajoutons que l'obligation de recourir, dans tous les cas, à un notaire, est contraire à l'esprit de la loi, en matière de révocation de donation entre époux. Elle compromettrait le secret que la femme surtout a un si puissant intérêt à garder, et, dans plusieurs circonstances, l'empêcherait de faire la révocation, assurant ainsi le triomphe de la fraude, quelquefois même de la violence.

1655. — Quel est le véritable caractère de la donation entre époux? Est-elle une libéralité entre-vifs? Ne constitue-t-elle qu'une disposition testamentaire?

Cette question, qui a divisé la doctrine et la jurisprudence, nous paraît résolue par la nature même des choses. La donation entre époux n'est, à proprement parler, ni une donation, ni un testament, mais elle participe évidemment de l'une et de l'autre. Il faudra donc la régir par les principes applicables à l'une et à l'autre, dans tous les points de contact qu'elle aura avec chacun d'eux.

[1] Toullier, t. V, n° 923.

[2] Amiens, 13 juillet 1822; Paris, 17 juillet 1826; Douai, 3 nov. 1836; Lyon, 25 mai 1827; cass., 9 juin 1830; Montpellier, 27 mars 1835.

Ainsi, en la forme, nous dirons avec Toullier, Grenier et Marcadé que, par cela seul que les époux ont emprunté celle de la donation entre-vifs, l'acte est soumis à l'acceptation et à la transcription; qu'il ne peut être fait qu'en la forme authentique et par-devant notaire.

Nous dirons avec la cour de cassation que la condition de révocabilité n'empêche pas le donataire d'être saisi du jour de la donation; qu'en conséquence il n'a pas besoin, si la condition de non-révocation s'est réalisée, de demander la délivrance; que, de plus, l'effet de la donation non révoquée remontant au jour de l'acte, les créanciers postérieurs du donateur, quoique antérieurs au décès, ne pourront exercer aucune poursuite sur les biens qui en font l'objet [1].

Mais du principe que la donation entre époux est toujours révocable, qu'elle est, sous ce rapport, assimilée au testament, nous tirerons les conséquences suivantes :

1° Elle est soumise aux modes de révocation tacite autorisés pour celui-ci [2];

2° Elle devient caduque par le prédécès du donataire, dont les héritiers sont dès lors sans droit à en réclamer le bénéfice.

Le contraire a cependant été jugé par la cour de Limoges, le 1er février 1840. Mais cette décision, contraire à la doctrine, ne saurait être admise. On comprend que tant que le donataire est apte à recueillir, la révocation doit être expresse. Or, la faculté de la réaliser n'est pas perdue par la mort du donataire, mais à quoi bon dès lors en exiger l'exercice [3]?

1656. — Déjà, et en ce qui concerne les testaments, l'article 968 avait prohibé les dispositions conjonctives, réciproques ou non. Cette prohibition constitue, non une simple loi réglementaire des formes, mais bien une loi de capacité testamentaire. Le législateur n'a pas voulu admettre qu'un pareil testament puisse être considéré comme l'expression d'une volonté certaine et déterminée.

Or, si cela est vrai pour l'institution non réciproque à l'égard des personnes entre lesquelles il n'existe que des liens de simple amitié, on ne pouvait raisonner autrement dans l'hypothèse d'une donation réciproque entre époux. Pour ceux-ci, en effet, indépendamment du motif général de l'article 968, il existe en outre celui d'un abus d'influence que le prétexte de réciprocité donnerait l'occasion de continuer même sous les yeux du notaire.

D'ailleurs, et dans tous les cas, la réciprocité pourrait devenir un obstacle à la révocation ou soumettre son exercice à de nombreuses contestations. L'époux qui s'en trouverait atteint n'aurait pas manqué, argumentant du caractère de l'acte, de soutenir que la mutualité lui imprimait un cachet absolu d'indivisibilité; qu'en conséquence aucune atteinte ne pouvait lui être portée que du consentement de toutes les parties.

Ce qui prouve que l'article 1047 a eu surtout en vue d'échapper à l'inconvénient que nous signalons, c'est que sa disposition ne saurait atteindre les donations que les époux se feraient réciproquement par actes séparés, passés le même jour et reçus par le même notaire. Il est vrai que ce résultat a été un instant contesté; mais il ne l'est plus depuis que la cour de cassation, investie d'office et dans l'intérêt de la loi, a cassé un arrêt qui avait admis l'invalidité des deux actes [4].

1657. — Y a-t-il don mutuel et réciproque par un seul acte, lorsque les époux, vendant un immeuble de la communauté, en laissent le prix à rente viagère qu'ils déclarent réversible, en tout ou en partie, sur la tête de l'époux survivant?

C'est surtout l'héritier de l'époux décédé qui aura intérêt à la solution affirmative. En effet, l'époux survivant profitant exclusivement de la rente viagère, cet héritier perdra la part qu'il eût infailliblement reçue, si l'immeuble commun, si les deniers qui ont servi à constituer la rente s'étaient retrouvés dans la communauté au moment de la dissolution.

Au fond, un pareil traité constitue une véritable donation indirecte, expressément dispensée des formalités de la donation par la disposition de l'article 1975 du Code civil; il ne pourrait donc être annulé que si les époux ou l'un d'eux n'avaient pas la capacité de la consentir ou de la recevoir.

Or, nous venons de le dire, les époux, même pendant le mariage, ont toute capacité de donner et de recevoir, sauf réduction en cas d'excès. D'autre part, la femme commune a incontestablement la capacité de consentir, conjointement avec son mari, l'aliénation de l'actif de la communauté. La qualité de maître, que la loi con-

[1] Cass., 5 avril 1836; 18 avril 1838; J. D. P., t. I, 1838, p. 492.

[2] Amiens, 13 juillet 1822; Paris, 17 juillet 1826; Lyon, 25 mai 1827; cass., 9 juin 1830; Montpellier, 27 mars 1835; Douai, 3 novembre 1836.

[3] J. D. P., t. I, 1840, p. 100; voy. Toullier, t. V, p. 918; Delvincourt, t. II, p. 114, note 3; Duranton, n° 779; Grenier, n° 454; Vazeilles, n° 9; et Coin-Delisle, n° 6.

[4] 22 juillet 1807.

pendant sa durée par successions, donations ou autrement, peut devenir la matière d'un avantage indirect. La simulation existera soit par la valeur exagérée donnée au mobilier de l'époux avantagé, soit par la diminution combinée de la valeur réelle de celui de l'époux qui avantage.

Exemple : les époux ont promis dans leur contrat de mariage d'apporter chacun une somme de 10,000 fr. dans l'actif de la communauté, se réservant comme propre celui qu'ils possèdent ou qui leur écherra plus tard ; de plus, la femme se réserve de reprendre son apport franc et quitte. La totalité du mobilier de la femme valait 20,000 fr., mais des états signés par le mari et enflés à plaisir ont donné à ce mobilier une valeur de 50,000 fr. : c'est évidemment un avantage fait à la femme de 30,000 fr., si elle renonce à la communauté ; de 15,000 fr., si elle accepte.

Dans la même hypothèse, si le mobilier du mari vaut 50,000 fr., et qu'on ne l'ait porté que pour 20,000, la femme, si elle accepte la communauté, recevra un avantage de 15,000 fr., car le mari ou les héritiers ne prélèveront que 20,000 fr., pour le mobilier propre, tandis qu'ils auraient prélevé 50,000 fr., si les états n'avaient pas été simulés.

Dans la même hypothèse enfin, la diminution calculée du mobilier de la femme ou l'exagération dans l'évaluation de celui du mari constituerait l'avantage indirect en faveur de ce dernier.

1662. — Un résultat analogue est atteint par la simulation dans le prix de la vente des propres d'un des époux. Si ce prix est de 50,000 fr. et qu'il ait été déclaré de 60,000 dans l'acte, l'époux propriétaire reçoit un avantage de 10,000. Il concède lui-même cet avantage, si le prix, en réalité de 60,000 fr., n'a été porté que pour 50,000.

Ajoutons que toutes les fraudes dont nous avons parlé, en examinant celles que les époux peuvent commettre l'un contre l'autre, deviendraient des avantages indirects, si elles sont concertées entre eux [1].

1663. — L'adoption du régime de la communauté légale, dans le cas d'inégalité dans l'apport respectif des époux, constitue un incontestable avantage pour celui dont l'apport est inférieur. Dès qu'ils sont tombés en communauté, les objets personnels à chaque époux deviennent leur propriété commune. De plus, le mari, en ayant la libre et entière disposition, pouvant les aliéner sans le concours et même contre la volonté de sa femme, peut être considéré comme en acquérant la propriété intégrale.

Quelque énorme que soit ce résultat, il ne saurait en thèse ordinaire, et vis-à-vis les héritiers légitimes de l'époux, exister aucun doute sur sa parfaite légalité. Tout le monde doit le subir, mais il n'en est plus ainsi lorsque, par l'existence des enfants d'un premier lit, un des époux se trouve placé sous le coup de la disposition de l'article 1098.

1664. — Quel sera dans cette hypothèse l'effet de la soumission au régime de la communauté légale, soit qu'elle résulte d'une convention formelle, soit qu'elle s'induise de l'absence d'un contrat de mariage ?

Sous l'empire des anciens principes, et en présence des termes de l'édit de François II, de juillet 1550, cette question avait été résolue en ce sens : Que, quels que fussent les termes du contrat, la communauté ne pouvait légalement exister à l'encontre de l'époux déjà père par l'effet d'un précédent mariage, que pour un apport égal à celui du conjoint avec lequel il convolait. Tout ce qui dépassait cet apport n'entrait pas en communauté et demeurait propre à l'époux. Le fondement de cette règle était : *Qu'une femme, épousant un mari qui lui était inégal en biens, n'agissait pas en mère avisée et qui eût en considération les enfants de son premier mariage, lorsqu'elle ne prenait pas ses précautions pour empêcher que son second mari ne profitât de la moitié de ses biens, en stipulant que les deniers, qui lui appartenaient, lui demeureraient propres pour le tout ou en partie, à proportion de ce que le mari a de biens de son côté, comme ceux qui se conduisent avec prudence ne manquent jamais de faire en pareilles occasions ; de sorte qu'on a cru que le défaut de prévoyance de la mère devait être en ce cas suppléé par l'autorité de l'ordonnance.*

En effet, ajoute Ricard, « quoique nos communautés soient légales, il n'arrive presque « jamais que les personnes, qui possèdent quelques biens, contractent mariage sans déroger « notablement à la disposition de nos coutumes, « soit en diminuant ou ajoutant à ce qu'elles ont « ordonné, tellement que ces sortes de communautés ne semblent avoir été établies que pour « ceux dont les biens sont si modiques, qu'ils « ne méritent aucune prévoyance particulière. « Ainsi, il n'y a pas de doute que lorsqu'une « veuve, qui possède des effets considérables, a « passé à un second mariage, sans veiller à la « conservation de ses droits, et à assurer ses

[1] *Vid. suprà*, nos 803 et suiv.

de personne est légalement admise et de plein droit présumée lorsque la libéralité est faite aux enfants, ou à l'un des enfants de l'époux, ou aux parents dont il est l'héritier présomptif. Les enfants réputés personnes interposées sont ceux que l'époux a eus d'un précédent mariage. Il ne pouvait en être autrement. Les enfants issus du donateur et du donataire appartiennent à l'un comme à l'autre ; ils sont, pour l'un et pour l'autre, l'objet d'une égale affection. En les favorisant, le donateur ne peut pas être censé avoir voulu favoriser son conjoint plutôt que lui-même.

Dans l'hypothèse de l'article 1100, au contraire, l'époux n'est pas présumé avoir une vive affection pour des enfants qui ne lui appartiennent pas. S'il donne à quelqu'un, c'est évidemment à son conjoint, et s'il s'adresse à un intermédiaire, c'est qu'il n'est pas libre d'en agir autrement. Cette idée se présente si naturellement, la fraude est ici tellement probable, qu'on ne pouvait en prévenir les effets que par la présomption légale consacrée par l'article 1100.

1667. — Le législateur a de plus tracé à la justice le mode d'appréciation qu'elle a à suivre dans cette matière. Pour juger la validité de la donation, il faut s'en référer à l'état des choses existant au moment où elle s'est réalisée.

Il est certes bien évident que la donation faite à l'enfant que le conjoint a eu d'un précédent mariage ne saurait être querellée de simulation, si ce conjoint avait prédécédé. Mais, pour produire cet effet, le décès doit être antérieur à la donation elle-même. Si, au moment où elle a été réalisée, le conjoint était vivant, la donation est considérée comme le concernant, et son décès survenu plus tard, quoique avant l'ouverture de la succession du donateur, ne modifie en rien cette présomption. La donation doit être annulée.

Il en serait de même du second cas prévu par l'article 1100. Si au moment de la donation l'époux est l'héritier présomptif du donataire, il y a présomption de fraude définitivement acquise. La donation ne pourrait être maintenue, alors même qu'au décès du donateur le conjoint eût perdu la qualité d'héritier présomptif du donataire.

1668. — L'article 911 met, au nombre des personnes réputées interposées, les ascendants de l'incapable. En sera-t-il de même dans l'hypothèse de l'article 1100? Merlin enseigne l'affirmative, que nous croyons d'autant plus juridique, que la qualité d'héritier présomptif, exigée par l'article 1100, se réalise entre les père et mère et les enfants. Donc, si les mots sont omis, la chose existe, et cela justifie complétement l'opinion de Merlin.

Mais celui-ci va plus loin ; il soutient que la donation faite à l'aïeul de l'époux incapable, du vivant des père et mère, doit être réputée faite à celui-ci par interposition de personne. A la rigueur, sans doute, la condition exigée par l'article 1100 ne se réalise pas dans l'hypothèse ; mais le caractère d'une donation de ce genre, le but évident qu'elle se propose nous paraissent justifier la doctrine de Merlin.

1669. — Quel que soit le donataire désigné dans l'acte, l'interposition est possible et sa certitude déterminerait la révocation de la donation. Elle pourra donc, dans tous les cas, être alléguée, et cette allégation être justifiée par toutes sortes de preuves et même par témoins et par présomptions. Les héritiers sont, quant à ce, de véritables tiers, et, dès lors, on ne saurait leur refuser le droit de faire valoir tous les moyens à l'aide desquels ils prétendent prouver la fraude dont ils sont les victimes. La preuve testimoniale, celle par présomptions sont, à cet effet, d'une utilité aussi certaine que leur admission indispensable. Cette dernière peut être même plus efficace que la première ; en effet, l'exécution que la donation a reçue, la condition de la réserve d'usufruit, dans le cas contraire, le mode d'administration pratiqué, la part que l'époux indiqué comme le donataire réel y aura prise sont de nature à influer puissamment sur la solution du litige.

1670. — La donation pourrait être faite à l'époux par un fidéicommis tacite, mais on ne peut faire, par acte entre-vifs, ce qu'il n'est pas permis de faire par testament. En conséquence, les principes que nous avons exposés en nous occupant de celui-ci régiraient également la difficulté que cette supposition ferait naître [1].

1671. — En résumé, rien ne prohibe aux époux de se récompenser mutuellement de la bonne conduite, de l'affection et des soins qu'ils ont eus l'un pour l'autre. Une reconnaissance de ce genre ne méritait que des encouragements, mais, mis en présence d'autres devoirs de famille, ses effets devaient être restreints dans des limites équitables et justes. Les ascendants, les descendants, les enfants d'un premier lit surtout devaient d'autant plus être protégés, que la conduite du donataire pouvait n'être que le résultat, que l'abus d'une influence trop imminente et trop prochaine pour n'être pas redoutable.

[1] Voy. *suprà*, n°s 1612 et suiv.

Cette prévision résume et justifie les
tions des articles 1094 et 1098.

1672. — En ce qui concerne les asce
le premier ne saurait être l'objet d'aucu
reproche que de celui de sacrifier un p
leurs droits à ceux du conjoint. La fac
grever d'usufruit leur réserve légale fe
mettre que la loi leur retire d'une n
qu'elle leur accorde de l'autre. En effet
pour résultat, en quelque sorte forcé, c
per cette réserve d'indisponibilité, en la
donnant, quant à la jouissance, au décè
personne nécessairement moins âgée e
sont naturellement appelés à prédécéd
quel prix, d'ailleurs, peut être la nue pr
elle-même, et qui voudra l'acquérir en p
d'un usufruitier pouvant avoir à peine at
vingt et unième année?

C'est donc l'héritier de l'ascendant, plu
l'ascendant lui-même, que la loi semble
favoriser. Cela est d'autant plus rigoureu
son âge, que ses infirmités, que l'insuf
de ses ressources lui rendraient plus indis
ble et plus utile la disposition de cette
dont le principal et l'unique objet devra
son avantage personnel.

Nous applaudissons donc à la prop
dont l'Assemblée nationale est aujourd'h
sie (1851), et qui tend à retirer à l'ép
droit de grever d'usufruit la quotité don
peut disposer. Les motifs qui militent en
veur ne manqueront, sans doute, pas d'er
rer l'adoption.

1673. — La détermination de la quoti
ponible, soit de l'article 1094, soit de
cle 1098, ne peut avoir lieu qu'au décès
nateur. Ainsi, il importerait peu qu'au jo
la donation il existât des enfants d'un pr
ou d'un second mariage, des ascendants
l'une ou l'autre ligne. La donation, fût-ell
verselle, n'en sortirait pas moins à effet si l
et les autres avaient prédécédé le donatei
conséquemment, à la mort de celui-ci, il n
tait plus ni ascendants, ni enfants, ni d
dants de ceux-ci.

De là il suit : que pendant la vie du don
les enfants, même d'un précédent mariage
raient irrecevables à quereller la donatio
en réduction, soit en nullité, l'une ou l'
étant forcément subordonnée à l'état des c
au moment de la mort du donateur.

1674. — Mais ce défaut d'action ne v
jusqu'à leur faire interdire de requérir les
res conservatoires dans l'hypothèse où le
chement des liens du mariage nécessitant

1675. — Le même arrêt décide, avec raison, que l'époux donateur est non recevable à exciper de sa fraude et à demander la nullité de la donation. En effet, la prohibition n'existe que dans l'intérêt exclusif des héritiers légitimes; elle ne consiste que dans le préjudice qu'ils seraient dans le cas d'en éprouver. C'est donc à eux seulement que la loi devait reconnaître le droit et confier le soin d'en poursuivre la répression. D'ailleurs, le caractère de l'acte n'étant acquis qu'à la mort du donateur, il est évident qu'on ne pouvait, dans aucun cas, lui permettre de faire prononcer une nullité que le prédécès des réservataires empêchera d'exister. Enfin, et par rapport à lui, la disposition trouve une cause légitime dans l'intention d'avantager son conjoint.

1676. — Quel est l'effet de la donation faite au mépris des prescriptions de l'article 1099?

Aucun doute ne saurait exister à l'égard de la donation indirecte. Elle est valable pour toute la quotité disponible. Elle ne peut donc devenir l'objet d'une action autre que celle en réduction. C'est ce que l'article 1099 décide en termes formels.

1677. — Le sort de la donation déguisée ou faite par personne interposée a, au contraire, suscité une vive et grave controverse. Grenier, Toullier, Delvincourt, Merlin se prononcent pour la nullité absolue; Coin-Delisle, Duranton, Poujol, Malpel, Vazeilles enseignent qu'elle est seulement réductible. Cette dernière opinion s'étaye des motifs suivants :

1678. — « Il est certain que sous l'empire du droit romain et aux termes de la loi *hac œdictali*, comme sous l'empire de l'ordonnance de 1650, les donations déguisées ou faites par interposition de personne n'encouraient pas d'autre peine que la réduction à une part d'enfant moins prenant. Or, le Code civil, moins sévère sur un point que cette législation, peut-il être censé en avoir aggravé la disposition pénale? On ne pourrait évidemment l'admettre.

« Cette première considération est corroborée par le texte même de l'article 1099. Ainsi, sa première disposition porte que les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les articles ci-dessus; donc la prohibition n'existe que pour l'excédant; c'est là d'ailleurs une légitime déduction de ce principe qu'on peut faire d'une manière indirecte ce qu'il est permis de faire directement.

« Dès lors aussi la nullité édictée par l'article 1099, contre les donations déguisées ou faites par personne interposée, ne peut s'entendre que relativement à la quotité déclarée indisponible. Cette nullité n'est que la sanction pénale de la prohibition de se donner indirectement au delà de ce qui est permis. Cette seconde disposition se lie donc intimement à la première; elle n'est que la conséquence du principe posé dans celle-ci, et il est de règle logique que la conséquence ne doit pas être plus étendue que le principe [1].

1679. — On répond dans l'opinion contraire :

« Qu'on ne saurait avoir aucun égard à ce qui se pratiquait sous l'empire de la loi *hac œdictali* et l'ordonnance de 1650. La donation n'était pas alors annulée, par l'excellente raison qu'aucune de leurs dispositions n'autorisait ou ne prononçait cette peine. On ne pourrait donc consulter utilement cette pratique que si le Code civil eût imité leur silence ;

« Que, loin de là, le législateur avait voulu, à cet égard, introduire un droit nouveau, et que cette intention il l'avait clairement et expressément manifestée, puisqu'en laissant les donations indirectes sous l'empire de l'ancien droit, en les déclarant simplement réductibles, l'article 1099 prononçait formellement la nullité des donations déguisées ou faites par personnes interposées ;

« Que ne voir dans cette dernière disposition que ce qui se trouve dans la première, c'est lui attribuer un caractère par trop absurde, puisqu'elle ne constituerait qu'une répétition insignifiante et inutile;

« Que la raison de l'une et de l'autre se justifie suffisamment par la nature de l'acte sur lequel elles disposent; que la donation indirecte n'exige ni ne comporte pas nécessairement l'idée d'une simulation ou d'une fraude ; qu'elle peut résulter d'un fait ou d'un titre commun aux deux époux, dont l'appréciation n'est pas dès lors dans le cas d'offrir de grandes difficultés ; que la donation déguisée ou faite par interposition de personne demande au contraire à la fraude non-seulement le moyen de causer un préjudice, mais encore la faculté de violer impunément la loi ; qu'indépendamment donc de l'intérêt des tiers, il y avait à assurer le respect qu'exige celle-ci, ce qui ne pouvait être atteint que par la sévérité de la peine édictée;

« Qu'ainsi la raison justifie le texte si formel, au secours duquel vient encore la discussion législative. En effet, le seul des orateurs du conseil d'État qui se soit occupé de la portée réelle

[1] Duranton, t. IX, no 831; Coin-Delisle, art. 1099, no 13; Poujol, *des Donat.*, no 5, art. 1099; Malpel, *des Succ.*, no 266; Vazeilles, *des Succ.*, no 5, art. 843.

de l'article 1099 n'hésite pas à proclamer
donation déguisée sera nulle et non pas
ment réductible [1]. »

1680. — Cette dernière opinion pa
effet plus conforme au texte de la loi ; el
plus l'incontestable avantage d'être mie
harmonie avec l'économie générale de la
matière de fraudes. Nous l'avons vue, en
dans toutes les hypothèses, s'armer d'
plus de sévérité que la fraude est plus
nente, et qu'elle trouve dans la facilité qu
à se produire plus de chance de réussite.
quoi donc se serait-elle départie de ce syst
l'endroit des donations entre époux ?

Est-ce que le danger est moins redoutab
dans les autres cas d'incapacités ? Presqu
jours, au contraire, l'époux qui se remari
à l'entraînement d'une passion vive, à l'a
de désirs qui ne s'arrêteront pas devan
question d'argent. Celui qui ambitionn
paternité nouvelle se montrera oublieux d
ancienne paternité. Et que sera-ce pour ce
riages disproportionnés unissant la force à l
blesse, la caducité à la jeunesse, la vie à la

On recourra donc au déguisement, à l'i
position de personnes, d'abord parce que
sera la condition imposée, ensuite parce q
difficulté de découvrir l'une et l'autre mul
les chances d'échapper à toute répression
effet, la preuve orale, les présomptions
mêmes, quoique d'un utile secours, seront,
bien des cas, insuffisantes. Elles créeron
soupçon plus ou moins violent, des doute
rieux auxquels cependant les juges ne croi
pas devoir s'arrêter. Un soupçon est encore
loin d'une certitude, et ainsi se trouvera con
mée cette spoliation que la loi tient à empêc

Il importait donc pour prévenir ce dan
et comme correctif, de se montrer très-sé
pour les conséquences de la découverte d
fraude. La crainte de tout perdre est de na
à faire réfléchir les époux et à les détourne
ces voies tortueuses dans lesquelles ils p
raient être tentés de s'engager. Se borner à
duire la donation frauduleuse, c'est-à-dire
férer au conjoint tout ce qu'il aurait pu r
voir, tout ce qu'il recevrait par l'emploi
moyens les plus légitimes, était un puis
encouragement pour la fraude. Pourquoi,
effet, ne tenterait-on pas les chances d'
réussite puisqu'en cas d'échec on conserve
toujours l'intégralité de la quotité disponil

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Secondes noces*, § 7, n° 10 ; Gren
n° 691 ; Toullier, t. V, n° 901 ; Delvincourt, t. II, p.

fraude a fait déguiser. Voici, sur leur différence, la doctrine de la cour de cassation :

« Attendu que l'article 1098 se borne à fixer la quotité dont les époux peuvent disposer l'un au profit de l'autre ;

« Que l'article 1099 a pour objet de régler entre époux la valeur des donations indirectes et des donations déguisées ou faites à personnes interposées ;

« Qu'il accorde effet aux premières jusqu'à concurrence de la quotité fixée par l'article 1098, mais qu'il déclare nulles les secondes ;

« Attendu que si la distinction établie par cet article ne se retrouve plus, lorsqu'il s'agit de donations autres que celles que les époux se font l'un à l'autre, il en résulte seulement que, pour ce genre particulier de donations, la loi a cru devoir introduire une règle plus sévère, mais qu'il n'en résulte nullement que la disposition spéciale et formelle de la loi ne doive pas recevoir son exécution [1]. »

1682. — Nonobstant cette persévérante jurisprudence de la cour de cassation, la cour de Bourges et celle de Paris se sont prononcées dans le sens contraire : la première, par arrêt du 9 novembre 1836 ; la seconde, par arrêt du 21 juin 1837 [2]. Mais les motifs que nous venons d'exposer enlèvent, à notre avis, à ces deux décisions, tout caractère juridique.

1683. — Il faut donc, avec la cour de cassation, arriver à cette conclusion : qu'on doit distinguer les donations indirectes des donations déguisées ou faites à personnes interposées ; que les premières sont réductibles et valables pour toute la quotité disponible ; que les dernières sont absolument nulles. Cette peine n'a rien de trop sévère en présence de la facilité que rencontre la fraude qu'elle tend à prévenir, et des dangers qu'elle fait courir à ceux qui sont exposés à en subir les conséquences.

1684. — Nous nous sommes déjà occupés des incapacités édictées par l'article 909. Nous en avons indiqué la nature et les effets. Nous nous bornons donc, pour ce qui les concerne, à nous en référer à nos précédentes observations [3].

1685. — Les motifs qui ont fait proscrire les avantages excessifs entre époux militaient pour empêcher que les ascendants ou descendants pussent être privés directement ou indirectement de la portion des biens que la loi a entendu leur réserver. La transmission des biens la plus juste, parce qu'elle est la plus naturelle, est celle qui se règle par les liens de la nature et du sang. C'est aussi celle que la loi admet et consacre.

Sans doute, et dans bien des cas, la volonté du propriétaire, donnant ce qui lui appartient, vient se substituer à la loi ; mais, quelque respectable que soit le droit légitimant cette conséquence, le législateur n'a pas hésité à lui tracer des limites qu'il ne saurait franchir. Il importe que le père de famille ait la faculté de reconnaître la bonne conduite et le mérite des uns, de punir l'ingratitude des autres, mais cette faculté ne saurait aller jusqu'à l'exhérédation complète de ceux-ci au profit de ceux-là, et moins encore au profit d'un étranger. De là l'indisponibilité partielle des biens créée à l'endroit des enfants et ascendants par les articles 913 et 915 du Code civil. Or, ce qu'il n'est pas permis de faire par testament ne saurait légalement résulter d'une donation entre-vifs. En conséquence, la prohibition de léguer renferme virtuellement celle de donner au delà de la quotité disponible.

1686. — La réserve des ascendants est, à défaut d'enfants ou descendants, d'un quart pour la ligne paternelle, d'un quart pour la ligne maternelle, sans qu'il puisse jamais s'opérer aucune dévolution d'une ligne à l'autre. Par rapport à eux, la quotité disponible est donc des trois quarts ou de la moitié, selon qu'il en existe ou non dans les deux branches. L'article 1094 permet en outre, dans le cas spécial, de grever d'usufruit la totalité de leur réserve.

1687. — La légitime des enfants se calcule sur le nombre de ceux qui existeront au moment du décès de leur auteur. Elle est de la moitié des biens, si le père ne laisse qu'un enfant, de deux tiers s'il en laisse deux, de trois quarts s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. La quotité disponible est donc du quart au *minimum*, mais elle peut être du tiers ou de la moitié.

Cette quotité peut être donnée par le père soit à l'un ou plusieurs de ses enfants, soit à un étranger. Ce droit ne subit qu'une exception, à savoir : le cas de minorité du disposant.

Ainsi, le mineur est incapable de donner entre-vifs. Il ne peut disposer par testament qu'après avoir atteint sa seizième année, et encore ne lui est-il permis de donner que la moitié de ce qu'il aurait pu donner s'il avait été majeur.

Le fondement de cette exception réside dans

[1] J. D. P., t. I, 1838, p. 638; voy. Limoges, 16 juillet 1842; *ibid.*, t. I, 1844, p. 500.

[2] *Ibid.*, t. II, 1837, p. 7.

[3] Voy. *suprà*, nos 161 et suiv., 1465.

sont réduits dans une des deux premières. Cependant, dans celle-ci, la cour de cassation refuse de sanctionner le cumul qu'elle autorise dans les deux autres.

Quel peut être, en raison et en droit, le motif de cette différence essentielle? A première vue, il paraît difficile d'en imaginer de plausibles. Voici ceux que la cour de cassation invoque dans les arrêts qu'elle a rendus dans une période de douze ans, depuis 1837 jusqu'en 1849.

L'usufruit donné précédemment à l'époux doit être évalué. Comprenant la moitié des biens, il équivaut au quart en pleine propriété; il atteint, dès lors, l'intégralité du disponible de l'article 913. Dès lors, cette quotité étant épuisée, les tiers ne peuvent plus rien recevoir sans qu'il soit porté atteinte à la quotité indisponible fixée par cet article. On ne pourrait aller au delà que par application de l'article 1094; mais cet article constituant un bénéfice exclusif et personnel au conjoint, nul autre que lui ne saurait s'en prévaloir [1].

L'autorité du premier de ces motifs est singulièrement atténuée par le démenti qu'il reçoit de la cour de cassation elle-même, dans l'hypothèse d'un acte unique renfermant les deux dispositions. Le cumul est valable dans tous les cas, et cependant si, par l'ordre suivi, la disposition de la moitié de l'usufruit en faveur du conjoint est la première inscrite, l'objection faite, lorsqu'il y a deux actes distincts, est parfaitement applicable. Cet usufruit équivalant au quart en propriété, le disponible de l'article 913 est épuisé, et, dès lors, nul autre que le conjoint ne devrait plus rien recevoir. Pourquoi, dès lors, permettre au tiers, enfant ou étranger, de recueillir le don dont il est l'objet? Et si on le permet dans cette hypothèse, pourquoi le défendre dans celle de deux actes séparés et distincts? Le résultat étant rigoureusement le même dans les deux cas, pourquoi une si énorme différence dans les effets?

Ainsi, on arrive à cette singulière conséquence que ce n'est plus par le nombre des réservataires que se calcule la quotité disponible; on fait de cette quotité une question de dates dans les dispositions qu'en fait l'auteur. Sur quelle disposition de loi pourra-t-on fonder une pareille doctrine?

Cette première considération, et la contradiction insoluble qu'elle signale, indique un vice radical dans le système que nous combattons. On ne devrait donc l'admettre que si, à côté de cet inconvénient, venaient se placer des motifs graves de nature à en affaiblir l'effet. Or, il faut bien le reconnaître, aucun de ceux invoqués par la cour de cassation n'offre ce caractère.

Est-il vrai, en effet, que le don de la moitié en usufruit, fait au conjoint, épuise la quotité disponible de l'article 913? Pour le décider ainsi, il faut convertir cet usufruit en propriété et fixer à la moitié la proportion dans laquelle cette conversion doit être opérée.

Mais cette conversion est purement arbitraire; elle est repoussée par la nature des choses, par l'antinomie existant entre ces deux droits. L'usufruit est un démembrement de la propriété; celui qui l'exerce n'a aucun des attributs du propriétaire; il doit jouir en bon père de famille, et, s'il s'écarte de cette obligation, le propriétaire, qui seul peut user et abuser, mettra fin à sa jouissance. En réalité, et pour nous servir des expressions de la loi romaine, l'usufruit *non dominii pars, sed servitutis locum obtinet.*

Il n'est donc pas possible de se livrer à l'assimilation que commande la cour de cassation. On comprend la conversion de l'usufruit en droit de propriété, lorsque l'agissement qu'il faut opérer n'a pas d'autre moyen de se réaliser; ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit du droit de mutation ou d'enregistrement, il faut, à l'un et à l'autre, une base certaine, et l'on s'explique, dès lors, que le législateur ait non-seulement fixé la conversion, mais encore créé, dans un but de fiscalité, la proportion déterminée par la loi du 22 frimaire an VII.

Mais recourir à cette loi spéciale dans les cas ordinaires, notamment dans notre espèce, convertir l'usufruit en pleine propriété, c'est faire violence à son caractère distinctif, c'est le dénaturer, c'est de plus, et dans certaines circonstances, consacrer un mensonge.

« Il n'y a, dit Proudhon, aucune disposition dans nos lois qui fixe la valeur comparative de l'usufruit et de la propriété, si ce n'est en ce qui concerne le droit d'enregistrement, pour la perception duquel, en cas de mutation, l'usufruit est considéré comme valant la moitié du fonds. Mais si cette estimation, qui n'est faite que dans l'intérêt du fisc, peut être invoquée pour exemple et comparaison, il est évident qu'elle ne peut être prise pour règle générale dans l'intérêt des citoyens entre eux; car si l'usufruit légué à un homme de vingt ou trente ans peut valoir la

[1] Cass., 21 juillet 1839, 21 novembre 1842, 22 novembre 1843, 4 août 1846, 27 décembre 1848, 7 mars 1849; *Journal du Palais*, t. II, 1839, p. 59; t. Ier, 1843, p. 121, et t. II, p. 798; t. I, 1847, p. 53; t. I, 1849, p. 22 et 644; Aix, 23 mai 1851, inédit.

d'un tiers, au profit d'un étranger, et c'est ce mélange, que la loi proscrit, qui s'oppose à l'exécution complète du testament. De ce que le mari pouvait plus, il ne s'ensuit nullement qu'en donnant moins il ait valablement disposé, car la disposition du plus était soumise à une condition impérieuse.

2° Que la loi n'interdit pas l'attribution à un tiers de la quotité disponible! Mais c'est oublier la nature de la disposition de l'article 1094. Dès qu'elle est exceptionnelle, il était inutile que le législateur s'expliquât autrement qu'il ne l'a fait. N'est-ce pas d'ailleurs une des nécessités de toute loi qui déroge au droit commun de ne pouvoir sortir de sa sphère?

Delangle posait donc comme certaine et positive l'indivisibilité de l'article 1094; l'impossibilité pour les tiers d'en recevoir une partie quelconque, et cela non-seulement lorsqu'il s'agit d'un réservataire ascendant, mais encore dans celui où le réservataire serait un descendant. Ascendant ou descendant, s'écriait-il, ne s'agit-il pas toujours de la réserve? N'est-ce pas la même disposition, le même droit? N'est-il pas vrai qu'une seule chose est changée, la quotité du droit?

Mais la cour suprême, après une mûre délibération, repousse cette doctrine, elle admet la divisibilité de la quotité disponible de l'article 1094, et juge en conséquence qu'elle pouvait être répartie entre le conjoint et le tiers, pourvu que celui-ci ne reçoive rien au delà de la quotité ordinaire, et que le conjoint profitât exclusivement de l'extension autorisée par l'article 1094[1].

Ce qu'il importe de relever dans cet arrêt et dans les considérations qui y sont développées, ce sont les deux motifs suivants :

« Attendu que de la combinaison des articles 915 et 1094 il résulte que l'époux, qui décède sans enfants, mais laissant un ou plusieurs ascendants dans une ligne, peut disposer en faveur de l'autre époux, non-seulement de ce dont il pourrait disposer en faveur d'étrangers, mais encore de l'usufruit de la portion réservée aux ascendants; que cette extension de la faculté de disposer donnée à un époux en faveur de l'autre époux, qui a pour objet de resserrer les liens de l'union conjugale, est toute personnelle à l'époux et qu'aucun étranger ne peut en profiter;

« Attendu, toutefois, qu'on ne saurait induire de là que l'époux, qui dispose, en faveur d'un étranger, de la quotité disponible déterminée par l'article 915 et de l'usufruit de la portion réservée aux ascendants en faveur de l'autre époux, fait profiter l'étranger de l'extension portée en faveur de l'époux par l'article 1094, puisque l'étranger ne recueille que le disponible de l'article 915. »

Ainsi l'époux n'est pas obligé de donner à son conjoint l'intégralité du disponible de l'article 1094. Il peut, par la combinaison de cet article avec l'article 913 ou 915, réduire l'époux à l'extension qu'en sa faveur la loi donne au disponible ordinaire, et donner celle-ci à un étranger. Pour ce dernier, sa position est réglée par l'émolument qu'il est appelé à prendre. Il n'est pas, il ne peut pas être réputé profiter de l'article 1094, si cet émolument ne dépasse ou n'atteint pas celui qu'il pourrait recevoir en force de l'article 913 ou 915.

Non-seulement la cour de cassation proclame le principe, mais encore elle en fait elle-même l'application dans l'hypothèse d'une double disposition par un acte unique. Comment donc l'existence de deux actes, qui n'est pas un obstacle lorsque la donation à l'étranger est antérieure à celle faite au conjoint, en créerait-elle un invincible dans le cas d'antériorité de celle-ci? Est-ce que la date des actes pourra avoir pour effet de faire admettre que le tiers profite de l'article 1094, lorsque, par le fait, il ne recevra pas même ce que l'article 913 lui permettait de recevoir? Lorsque, d'autre part, l'époux seul recueillera l'extension du disponible créée en sa faveur? On peut le dire sans crainte, la raison repousse un pareil résultat.

La loi ne se préoccupe de la date des libéralités que dans le cas où il y a lieu à réduction, leur ensemble dépassant la quotité disponible. Or, la question de savoir s'il y a inofficiosité ne peut naître qu'au décès du donateur et lorsque s'ouvre le droit des héritiers.

Or, dans notre hypothèse, l'époux, délaissant plus de deux enfants et un conjoint, pouvait donner ou léguer le quart en pleine propriété et le quart en usufruit. En fait, il n'a disposé de rien au delà, donc la querelle d'inofficiosité ne serait pas fondée.

Le don du quart en nue propriété, fait au tiers, enfant ou étranger, n'a pas besoin, pour sortir à effet, de se placer sous le patronage de l'article 1094. L'article 913 suffit pour assurer sa validité. Le tiers n'invoquera pas le premier, il n'en profitera pas non plus, car, loin de recevoir quelque chose au delà du disponible ordinaire, il ne le reçoit même pas en totalité. L'époux seul est appelé à recueillir l'extension créée en sa faveur par l'article 1094. A cet égard donc, toutes les exigences de la loi se trouvent rem-

[1] D. P., 41, 1, 19.

plies, et, dès lors, le système que nous
tons n'a aucune base légitime.

Ainsi la cour de cassation proclame
bilité de l'article 1094 et, après l'avoir
principe, elle la repousse ou l'admet, s
date des deux libéralités, ou suivant qu'
ou non renfermées dans un seul acte. El
que la quotité indisponible est atteinte
que, dans l'hypothèse d'un seul acte re
la même disposition, le même résultat
réservataires, elle refuse de reconnaître
dre atteinte à cette même quotité ; elle
dépendre la disponibilité d'un événem
plétement en dehors des éléments sur le
loi a basé toutes ses prévisions. Elle ne p
arriver à cette évidente contradiction q
conversion du droit d'usufruit en droit
priété. On a donc eu raison de repro
jurisprudence d'être fondée sur des élén
térogènes, contradictoires entre eux et
dictoires avec les règles sur la quotité dis

Sous un autre point de vue, cette j
dence s'écarte de l'esprit de la loi. Notr
voulu étendre, pour le père de famille, l
de disposer d'une partie de ses biens.
que la cour de cassation reconnaissait el
lorsque, après avoir longtemps jugé le c
elle a décidé que la quotité disponible de
calculée sur tous les biens précédemmen
qui devaient être fictivement rapportés
l'imputation du don fait à l'enfant re
devait se faire d'abord sur la réserve e
diairement sur la quotité disponible.

Cette jurisprudence porte atteinte à
sance paternelle, en enlevant au père le p
cieux de ses attributs, la faculté de récor
et de punir. Elle affaiblit son autorité, d
brise d'avance le plus énergique ressort,
puissant mobile.

Enfin, elle compromet le mariage lui
Une des conditions de sa célébration p
la donaton mutuelle de la moitié en
des biensqu'on délaissera, condition que
quera pas de repousser celui qui ne vou
pour devenir époux, abdiquer ses devoir
droits de père.

C'est par le développement de ces cor
tions diverses que les jurisconsultes on
près unanimement critiqué la doctrin
cour de cassation. Grenier, qui l'avait
adoptée, la complétement désertée dans
conde édition pour se rallier à l'avis co

[1] *Des Don.*, t. II, p. 584.
[2] T. V, n° 870, 871 et 871 *bis*.

ticulières auxquelles le législateur ne saurait assurément avoir songé [1]. »

Cette résistance, que Pont appelle, s'est manifestée par de nombreux arrêts. Nous ne saurions mieux résumer notre discussion qu'en transcrivant les remarquables motifs de celui rendu par la cour de Paris, le 16 novembre 1846 :

« Attendu que la portion disponible n'a pas été seulement fixée d'après le nombre et la qualité des héritiers à réserve, mais aussi à raison de la qualité des personnes à avantager; que c'est ainsi qu'après avoir fixé, par l'article 913, la quotité disponible, eu égard au nombre d'enfants, l'article 1094 a établi une disponibilité plus étendue entre conjoints ;

« Attendu qu'il est impossible de croire que le législateur n'ait pas en outre porté son attention sur le cas où le disposant serait en même temps époux et père;

« Que si la loi ne contient aucune disposition qui permette d'user cumulativement de toute la latitude accordée par ces deux articles, il n'en existe aucune qui défende d'épuiser la plus forte quotité, en la divisant entre le conjoint et les enfants, pourvu que ces derniers ne reçoivent rien au delà de la quotité fixée par l'article 913 ;

« Attendu qu'on ajouterait à la loi, si on l'interprétait dans un sens contraire, et qu'on se mettrait en opposition avec les principes d'après lesquels a été fixée la quotité disponible, puisqu'au lieu d'étendre la faculté du disposant en raison de ce qu'il doit s'occuper du sort de ses enfants, en même temps que de celui de son époux, on la restreindrait au contraire; qu'une interprétation restrictive de la loi est combattue par son texte, lorsque la libéralité en faveur de l'époux est postérieure au don fait à l'enfant, et qu'il n'y a pas de raison plausible pour l'admettre quand elle est antérieure; qu'en effet, ce serait faire, de l'étendue du droit de disposer, une question de dates;

« Attendu qu'il résulte de la nature des choses que, si la portion disponible fixée par l'article 1094 peut être en son entier absorbée par deux dispositions, l'une au profit des enfants, l'autre au profit du conjoint, quand celle-ci est la dernière en date, il doit en être de même quand la libéralité faite à l'enfant est postérieure; qu'en effet le législateur, en calculant la quotité disponible, a considéré à la fois l'intérêt des familles et l'intérêt politique attaché au droit de disposer et de tester;

« Attendu d'ailleurs que, postérieure ou antérieure, chaque libéralité s'impute d'abord sur celle des portions disponibles à laquelle elle se rapporte; qu'ainsi le don fait à l'enfant s'impute sur la quotité disponible de l'article 913, et le don fait au conjoint sur celle déterminée par l'article 1094; que telle est évidemment l'intention du disposant, alors même qu'il ne l'a pas exprimée; qu'il n'y a donc pas lieu de rechercher à quelle portion de propriété une donation d'usufruit, faite en vertu de l'article 1094, peut équivaloir, et d'imputer cette portion sur la portion déclarée disponible par l'article 913;

« Qu'en opérant ainsi, on dénature ce don d'usufruit et on confond en une seule deux portions disponibles distinctes [2].

1691. — La conséquence naturelle de l'indisponibilité d'une partie des biens, et de son affectation spéciale en faveur de certains héritiers, est de leur conférer une action en revendication des libéralités empiétant sur leur réserve. Cette action existe non pas seulement contre les donations directes, mais encore contre tout acte renfermant, sous une apparence simulée, une véritable libéralité.

Or on admettrait facilement comme telles les obligations souscrites et les ventes consenties par le père en faveur d'un des successibles. Dans l'appréciation d'actes de ce genre, la justice trouve des éléments précieux de décision dans les antécédents de famille, dans la conduite du père à l'endroit de l'enfant avec qui il a contracté, et, vis-à-vis de ses autres enfants, dans la position respective des contractants. Si le père a toujours montré une vive et aveugle affection pour l'enfant figurant comme créancier ou comme acquéreur; si la position pécuniaire de l'un ou de l'autre plaçait le père hors de toute nécessité d'emprunter ou de vendre, et le fils dans l'impossibilité d'acquérir ou de prêter; enfin, s'il est dans l'impuissance de rendre un compte satisfaisant de l'emploi des fonds, l'acte pourra ne paraître qu'une libéralité sujette à réduction. La qualité des parties a d'ailleurs son importance. En effet, si elle n'établit pas de plein droit la fraude, elle est dans le cas de la faire facilement présumer.

1692. — Mais la présomption légale de fraude est admise à l'égard des aliénations dont parle l'article 918. Ainsi les ventes faites à un successible en ligne directe, soit à rente viagère et à fonds perdu, soit sous réserve d'usufruit, sont

[1] *Revue de législation* de Wolowski, t. I, 1847, p. 493. *Vide* en outre Guilhon, *Donat.*, t. I, no 269, p. 266; Delvincourt, t. II, p. 731, no 4; Duport-Lavilette, vo *Quot. disp.*, t. V, no 715; Rolland de Villargues, *Ep. du not.*, Vazeilles, *des Donat.*, sur l'art. 1094.

[2] J. D. P., t. II, 1846, p. 645.

considérées comme de pures libéralités. fois, et par une dérogation aux effets ord de la fraude, ces ventes produisent un effet, à savoir : le transfert de la propri la tête du prétendu acquéreur ; le dr retenir et de s'attribuer la quotité disp L'unique obligation imposée par la loi à l acquéreur est de faire raison à la masse ce qui excède la quotité disponible.

Bien entendu que ce rapport peut être et doit être opéré dans de justes prop avec la valeur réelle des objets vendus. se faire que le prix, s'il en a été stipulé été uniquement établi dans l'intérêt de l'ach que le vendeur a voulu favoriser. Les aut fants seraient donc admissibles à en conte vérité et l'exactitude. On doit d'autant montrer sévère à cet égard, que la vente e tant l'aliénation de la quotité disponible autre avantage résultant du défaut de sir du prix constituerait une atteinte à la rése gale des enfants.

1693. — L'article 918 est remarquabl un autre rapport. Il consacre, en effet, u ception formelle à cette règle de morale pu qu'on ne peut traiter sur succession futu successible, qui s'engagerait conventionnell à ne pas exiger le rapport de libéralités ex ves, traiterait évidemment sur succession f Or, non-seulement l'article 918 fait résulte interdiction du consentement donné pend vie du père à la vente à rente viagère, fonds perdu, ou sous réserve d'usufruit, n en valide encore les effets.

Ainsi le droit des enfants à exiger le ra ne s'ouvrira qu'au décès du père, et déjà, ci se réalisant, l'exercice de ce droit sera ir vable. Cette fin de non-recevoir anticipée paraît dangereuse, car elle résulte d'un fai l'enfant n'a pas pu peut-être ne pas accon En effet, le père est libre de dissiper sa for de la dénaturer, pour en priver ses enfants. le désir de favoriser l'un d'eux, ne mettr pas les autres dans la nécessité de consenti vente qu'il fait, en les plaçant entre l'altern de consentir ou de subir les effets du po que nous indiquons ? Ce que cette menac dans le cas de faire, peut, dans une autre oc rence, être produit par la seule crainte rév tielle. Est-il dès lors rationnel et juste de m tenir une spoliation arrachée à l'un de ces s ments ?

Quoi qu'il en soit, la loi étant formelle, il a pas à hésiter. Le consentement donné vente par le successible lui imprime, à

en poursuivre l'exécution. Or, cet intérêt ne saurait être méconnu dans celui qui, à défaut d'héritiers directs, est appelé à appréhender la succession chez les créanciers de cette succession.

Ils pourront donc non-seulement exiger que l'enfant naturel, que l'enfant adultérin ou incestueux ne prennent dans l'hérédité que jusqu'à concurrence de la quotité déterminée par la loi, mais encore faire imputer sur cette quotité tout ce que l'enfant peut avoir reçu du vivant de son père ou de sa mère, et, en cas d'excès, le contraindre à rapport.

Il y a même plus, ils peuvent refuser à l'enfant naturel la réserve à laquelle l'article 757 l'autorise à prétendre. Ce droit, ils le puisent dans la faculté que leur reconnaît l'article 339 de contester la reconnaissance dont il a été l'objet, droit tellement énergique, qu'il n'est pas même effacé par la légitimation par mariage subséquent [1].

1697. — L'effet produit par la qualité d'enfant naturel, adultérin ou incestueux est, quant aux libéralités directes ou indirectes qui pourraient leur être faites, identique à celui produit par les autres incapacités. On doit donc le régir par les principes et lui appliquer les règles que nous avons exposés, et auxquels nous nous bornons à renvoyer [2].

1698. — La donation régulière, sous le rapport de la capacité des parties, peut, dans son exécution, donner naissance à la fraude, soit de la part du donateur contre le donataire, soit de la part de celui-ci contre le donateur, soit enfin par l'un et l'autre contre les créanciers du donataire. Nous allons parcourir les principales d'entre elles.

Le donataire est, par rapport aux biens donnés, l'ayant cause du donateur pour tout ce qui a précédé la donation. L'acceptation régulière de celle-ci fait cesser cette qualité pour l'avenir. Seul propriétaire des biens donnés, le donataire ne répond plus que de son propre fait. Nul autre que lui ne peut désormais gérer et administrer, vendre ou affecter ces mêmes biens.

Or, rien de plus ambulatoire que la volonté humaine. Celui qui la veille était tout affection, qui n'a pas hésité à se dépouiller d'une partie plus ou moins considérable de ses biens, en est aux regrets le lendemain; il ne voit plus qu'un ennemi dans le possesseur de ses biens, et la même ardeur qu'il apportait naguère à consentir ce bienfait, il la mettra bientôt à en effacer ou à en amoindrir les conséquences; et, pour y parvenir, il ira quelquefois jusqu'à la plus honteuse indélicatesse, jusqu'au crime.

1699. — Ainsi la survenance d'enfants est le moyen le plus énergique pour annuler la donation. Sa révocation en est la conséquence forcée, à tel point qu'elle s'opère de plein droit et d'une manière irrévocable.

Mais cette survenance d'enfants ne dépend pas de la volonté. Le mariage, même tenté dans cet espoir, peut ne pas la réaliser. C'est cette incertitude et ce doute, rendant la révocation ardemment désirée trop problématique, qui inspireront la pensée de recourir à la fraude.

Or, dans l'espèce, la fraude consistera dans la supposition de part, si, marié depuis longtemps, le donateur a perdu l'espoir d'une paternité légitime; dans la légitimation de l'enfant d'autrui par un mariage subséquent, s'il n'a jamais été marié ou qu'il ne le soit plus depuis la donation.

La supposition de part est un crime que la loi punit avec une juste sévérité. Ce caractère et l'infamie résultant de la condamnation en rendent le danger moins redoutable. Cependant, comme elle n'est pas sans exemple, nous avons dû la prévoir et en déterminer les effets.

La supposition de part peut être reprochable au donateur. Elle peut aussi avoir été ignorée de lui et exécutée sans son concours et contre sa volonté. On comprend, en effet, qu'une épouse, se voyant exhérédée par une donation en faveur d'un tiers, cherche dans le crime le moyen de se soustraire à cette conséquence, en simulant une fausse maternité qui non-seulement révoquera la donation, mais qui lui conférera éventuellement des droits sur les biens de son époux, du chef de son prétendu enfant. Cette simulation peut se réaliser du vivant du mari, ou dans les neuf mois qui suivent sa mort. C'est cette dernière dont fut convaincue la femme que le parlement de Paris condamnait, le 11 mars 1750, à faire amende honorable et au bannissement perpétuel.

De quelque manière que le crime ait été commis, que le donateur en ait été le complice ou qu'il l'ait ignoré, l'effet est identique. L'intérêt du donataire se trouvant gravement compromis, il a le droit incontestable de quereller la paternité prétendue et d'en démontrer le caractère frauduleux. La preuve qu'il demanderait à faire serait donc recevable.

Mais on comprend que son admissibilité ne

[1] Bordeaux, 10 avril 1845; J. D. P., t. II, 1845, p. 734.

[2] Voy. *suprà*, nos 1369 et suiv.

serait prononcée qu'en tant que les faits cotés auraient un caractère de haute gr rendraient le crime vraisemblable. Ce n sur des soupçons vagues, sur une pro plus ou moins problématique que la jus toriserait un litige dont l'indélébile sc qu'un amer désappointement fait naître de nature à compromettre l'avenir d'une innocente [1].

1700. — La légitimation de l'enfan trui par mariage subséquent n'a rien de ble aux yeux de la loi pénale. Ce carac rend beaucoup plus à redouter pour le so de la donation. On adopte bien l'enfant d' pourquoi refuserait-on de reconnaître m gèrement celui qui ne nous a jamais app lorsqu'à l'affection qui détermine le n avec le père ou la mère, affection qui p tendre à l'enfant, se réunit la satisfactio venger du donataire qu'on s'était choisi e prendre cette fortune dont on regrette t bandon ?

1701. — Le droit de contester la révo de la faire repousser par la preuve de la f de la paternité alléguée, non dénié dan de supposition de part, l'a été dans celu légitimation mensongère. On ne pourrai cer ce droit, dit Chardon, qu'en prouva l'enfant a pour père un autre individu, e cherche de la paternité est interdite [2].

Mais le motif allégué par cet auteur ex dans toutes les hypothèses où la reconnai d'un enfant émanerait du père. Or, l'arti ne fait aucune distinction lorsqu'il pe tous les ayants droit de contester cette naissance.

Cette disposition nous paraît condam doctrine de Chardon. La légitimation est tous les cas, précédée forcément de la rec sance. Pour qu'un enfant soit légitimé, qu'il appartienne à l'auteur de la légitim et cela ne peut être acquis que par la rec sance qu'en fait celui-ci.

En conséquence, contester cette rec sance, la faire annuler, c'est rendre tout timation ultérieure impossible. Donc, à p ment parler, il ne saurait y avoir de contes sur la légitimité ; attaquer celle-ci, c'est at la reconnaissance, et, à cet égard, le droit nataire est formellement écrit dans l'artic

Lui contester ce droit parce que la rec sance a été suivie de la légitimation, c'est violer cet article, c'est, en quelque sorte,

[1] *Vide suprà*, n°s 891 et suiv.

Ce qui le prouve encore, c'est que, dans une autre circonstance, la loi admet formellement cette justification, elle qui prohibe la recherche de la paternité.

Ainsi, l'enfant qui prouve qu'au moment de sa conception sa mère était dans les liens d'un mariage légitime, est présumé, par cela même, l'enfant du mari : *Pater is est, etc...* Cependant, et malgré l'empire de cette maxime célèbre, l'article 325 réserve au mari ou à ses héritiers la preuve contraire, et il fait consister cette preuve contraire dans *tous moyens propres à établir que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant.*

Dénier la paternité de l'un, n'est pas rechercher la paternité de l'autre. En d'autres termes, prétendre que l'enfant n'a pas tel ou tel père, ce n'est pas se livrer à la recherche de la paternité. Celle-ci n'existe qu'à la condition que la solution de la difficulté aurait pour résultat nécessaire d'attribuer cette paternité à une personne déterminée. Il y a fort loin de cette hypothèse à celle d'une instance n'ayant pour objet que d'établir la fausseté d'une déclaration intéressée.

On ne saurait donc admettre l'opinion de Chardon. Elle est repoussée par le texte et par l'esprit de la loi.

1702. — Elle est également repoussée par la jurisprudence. Il est vrai que les monuments de celle-ci sont peu nombreux. Un seul s'est offert à nos recherches, c'est l'arrêt de Bordeaux, du 10 avril 1843, que nous avons déjà indiqué.

Dans cette espèce, il s'agissait de la révocation d'une donation, par suite de la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent.

Le donataire contestant la révocation soutenait et offrait de prouver que cette légitimation était frauduleuse et mensongère. A cette prétention on opposait, comme fin de non-recevoir, les effets de la légitimation qui, assimilant celui qui en est l'objet à l'enfant né pendant mariage, le couvrait de la faveur accordée à celui-ci par l'article 312. Il importait peu, ajoutait-on, que la légitimation ait dû être et ait été précédée de la reconnaissance comme enfant naturel. Les dispositions de la loi qui permettent d'attaquer cette reconnaissance ne sauraient être étendues d'un cas à un autre, et ne s'appliquent qu'à l'enfant naturel qui ne reçoit pas le bienfait de la légitimation.

La cour de Bordeaux consacra l'opinion contraire. La réponse aux moyens que nous venons d'indiquer se trouve dans l'arrêt dont nous transcrivons les motifs :

« Attendu que, quels que soient les droits accordés par l'article 333 aux enfants légitimés par le mariage subséquent, il y a cependant une différence essentielle entre ces enfants et ceux conçus pendant le mariage, aux termes de l'article 312; que ceux-ci sont investis de la légitimité par le seul fait de leur conception pendant le mariage, tandis que les premiers, jusqu'au moment de leur légitimation, n'ont dû être considérés que comme enfants naturels, et qu'ils ne sont devenus légitimes que par la reconnaissance de leurs père et mère; qu'ils ne sont donc en réalité que des enfants naturels reconnus, et que, sous ce rapport, les tiers peuvent se prévaloir, contre leur reconnaissance, des droits qui leur sont accordés par l'article 339 du Code civil;

« Attendu que les faits articulés par les appelants sont de la plus grande gravité; que plusieurs circonstances de la cause les rendent vraisemblables, et que, prouvés qu'ils fussent, il en résulterait que la reconnaissance de l'enfant naturel d'Anne Berthe a été frauduleusement pratiquée pour parvenir à la révocation de l'acte du 28 août 1838; que, sous ce rapport, il y aurait lieu d'admettre les appelants à la preuve des faits par eux articulés [1]. »

Le moyen tiré de la recherche de la paternité ne paraît pas avoir été soumis à la cour. Mais l'accueil qui lui était réservé n'est pas douteux, par l'application logique que la cour fait de l'article 339.

En résumé, il n'y a nulle distinction à faire, quant au droit du donataire, entre le cas de supposition de part et celui de légitimation par mariage subséquent. L'identité d'intérêt dans l'un et dans l'autre doit faire consacrer la légalité de sa résistance et sa réussite, si la prévention alléguée est justifiée par la preuve qu'il est recevable à fournir.

1703. — La survenance d'enfants peut avoir son origine dans un fait non moins frauduleux, dans l'adultère.

Les mêmes motifs qui pousseront la femme, qui détermineront le mari à consentir à la supposition de part, sont de nature à les amener, soit de concert, soit à l'insu l'un de l'autre, à recourir à un moyen, beaucoup moins périlleux pour eux, d'arriver à cette paternité que la nature leur a refusée, et à atteindre ainsi avec beaucoup moins de risques à un résultat aussi décisif, aussi utile. On comprend que contre une fraude de ce genre, il n'y a aucun remède possi-

[1] J. D. P., t. II, 1843, p. 534.

par celui-ci ou par le fermier qui sera député par les parties.

1709. — L'article 614 nous fournit un second exemple de négligence équivalant à la fraude. L'usufruitier doit dénoncer au propriétaire les usurpations ou les attentats qu'un tiers commettrait sur les biens dont il a la jouissance. Faute de ce, ajoute l'article, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait des dégradations commises par lui-même. Ces derniers mots fixent la nature de la responsabilité imposée à l'usufruitier; puisqu'elle est la même que celle qu'il encourt pour ses propres dégradations, elle aurait inévitablement pour conséquence, comme celle-ci, la déchéance de l'usufruit ou sa conversion en une somme déterminée et annuellement payable.

Ainsi, il y a fraude chez l'usufruitier non-seulement lorsqu'il fait ce qu'il ne devrait pas, mais encore lorsqu'il s'abstient d'accomplir ce qu'il est tenu de faire. De ce principe, il résulte qu'il encourt la peine prononcée par la loi :

1° S'il laisse acquérir, par prescription, des droits de servitude ou autres sur les immeubles;

2° Si, possesseur des titres de créance, il en laisse prescrire les effets faute de poursuites, ou périmer les hypothèques en ne renouvelant pas les inscriptions;

3° S'il n'acquitte pas les charges qui lui sont imposées par la loi ou par le titre;

4° Enfin, s'il change abusivement l'état des lieux; s'il démolit tout ou partie des bâtiments; s'il enlève les clôtures; s'il intervertit le mode de cultures; s'il anticipe sur la coupe des taillis, ou s'il use des futaies autrement que de la manière réglée par les articles 591 et 592 du Code civil.

1710. — Il est certain que ce sont là autant de faits illicites et dommageables; mais leur nocuité varie nécessairement, et cette diversité dans les conséquences détermine une différence dans les effets, quant à la peine. Nous venons de dire que cette peine consiste dans la cessation absolue de l'usufruit ou dans la conversion en une prestation annuelle, et qu'arbitres uniques de la réparation due au propriétaire, les tribunaux peuvent, au gré de leur conscience, prononcer l'une ou l'autre. Nous ajoutons que ce qui importe, en pareille matière, c'est de faire cesser l'abus, en mettant fin à l'usufruit; mais la perte du droit ne doit être admise que dans les cas rares dans lesquels l'énormité du préjudice est prouvée tenir exclusivement à une volonté perverse.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas à hésiter. L'usufruitier doit être déchu, malgré la caution qu'il aurait fournie, malgré l'offre qu'il ferait d'en fournir une, s'il n'en existait pas précédemment. L'existence d'une caution, n'empêchant pas le mal de se produire, ne suffit pas toujours pour en réparer convenablement les conséquences : *Satisdatio propositum malevolum non mutat, sed diu grassandi in re familiari facultatum præstat* [1]. Il vaut mieux d'ailleurs prévenir que réparer, et lorsque des malversations graves, émanées d'une intention mauvaise, viennent inspirer des craintes sérieuses, il n'y a que la perte du droit qui puisse justement punir le passé et assurer l'avenir.

1711. — La faculté de recourir à cette peine sévère reçoit exception lorsque l'usufruit n'a pas été constitué à titre purement lucratif. On peut, en effet, révoquer une libéralité dont le bénéficiaire s'est montré indigne; mais renverser, détruire un droit qu'on a acquis en s'imposant des sacrifices, ce serait punir l'injustice par une injustice non moins flagrante. En conséquence, l'abus de jouissance dans un usufruit, réservé dans le cas d'une vente ou d'une donation, doit amener la fin matérielle de la jouissance, mais le droit doit être maintenu par la conversion en une prestation annuelle, équivalente à cette même jouissance.

1712. — Le père, usufruitier des biens de ses enfants tant qu'ils n'ont pas atteint leur dix-huitième année, est soumis à tous les devoirs des usufruitiers ordinaires. L'abus de jouissance, les dégradations qu'il commettrait volontairement ou par négligence sur les biens le rendraient passible de l'application de l'article 618.

Mais l'exécution de la condamnation serait difficile à assurer tant que le père conserverait la tutelle de ses enfants. Quelle garantie aurait-on que, dans l'administration des biens qu'il conserverait, le tuteur ne marcherait pas sur les mêmes errements que l'usufruitier?

1713. — Le père peut ne pas se contenter d'abuser de son usufruit; on aura peut-être à lui reprocher de ne pas en remplir les charges, notamment celle de nourrir et d'entretenir ses enfants, de veiller à leur éducation. Ses torts mêmes peuvent acquérir un tel degré de gravité, qu'il mérite d'être destitué de la tutelle. Cette hypothèse se réalisant, la perte de la tutelle entraînera-t-elle celle de l'usufruit légal?

Cette question est d'autant plus délicate, que la solution affirmative ne peut s'étayer d'aucun

[1] *Inst.*, lib. I, tit. XXVI, n° 12.

texte formel, et c'est cependant cette so
qu'exigent incontestablement la raison et
tice.

On comprend cependant que l'absen
toute disposition législative, rapprochée
ractère de l'usufruit légal, ait porté plu
jurisconsultes à embrasser l'opinion con
Toullier, entre autres, enseigne la négat
lui paraît que l'usufruit légal, attribut
puissance paternelle, restant indépendant
tutelle, la perte ou l'exclusion de celle-ci n
rait en déterminer la cessation.

La jurisprudence s'est divisée sur la so
à donner à la question. La cour de Limoge
arrêt des 16 juillet 1807 et 2 avril 1810,
claré l'usufruit éteint par la perte de la tu
mais elle n'arrive à ce résultat qu'en assi
à la veuve qui se remarie, celle qui vit, h
mariage, dans un état d'inconduite not
qui donne le jour à des enfants naturels.

Le 28 décembre 1810, la cour de Paris
le contraire en décidant, qu'aux termes de
positions du Code civil, le père destitué
tutelle de ses enfants ne perd pas pour ce
sufruit de leurs biens jusqu'à l'époque fixé
la loi.

Enfin, le 30 juillet 1813, la Cour d'
maintenu un tuteur destitué dans la jouis
des biens de ses enfants. Néanmoins, el
donne que le nouveau tuteur prendra l'adm
tration de ces biens, à charge d'en r
compte à l'usufruitier légal. Cet arrêt se
sur ce que l'usufruit légal, indépendant
tutelle, est un attribut de la puissance
nelle, et que celle-ci étant indélébile ne
aucune atteinte des faits entraînant la pe
l'autre.

La doctrine de ces deux derniers arrêts
rait être juridique, mais, évidemment, elle
pas soutenable sous le rapport de l'équité
relle, ainsi que le remarque fort justement
don. Il répugne, en effet, à la saine raison
mettre que le père assez oublieux des sentim
que ses enfants devraient trouver en lui
répudier la mission que leur tutelle lui im
que celui, plus coupable encore, qui, ayan
cepté la direction de leur personne et la dé
de leurs intérêts, s'est montré indigne de
et de l'autre, puisse conserver le droit de
de leurs biens et en percevoir les revenu
cour d'Aix semble elle-même partager ce s
ment en corrigeant, par un tempéramen
rien d'ailleurs n'autorise, la doctrine q
croit devoir sanctionner.

Cette considération ne manque pas d'in

Pourquoi ne le déciderait-on pas ainsi pour la perte de la tutelle? Le père qui l'abandonne ou qui en est exclu n'exerce plus une des charges de l'usufruit. La gravité des causes ayant fait prononcer l'exclusion, n'atteindra-t-elle pas celle qui s'attache à la violation des autres devoirs? Qu'importe que le père nourrisse et entretienne ses enfants, qu'il leur donne matériellement l'éducation, si sa conduite et ses exemples sont de nature à pervertir leur cœur, égarer leur raison, à les entraîner à l'inconduite et au mal? Empoisonner moralement ses enfants, n'est-ce pas pire que de leur refuser les soins qu'exigent leur nourriture, leur entretien, leur éducation? La perte de l'usufruit, admise dans ce dernier cas, ne peut être repoussée dans le premier, sans la plus complète irrationalité.

Mais, dit-on, l'article 386 ne met pas la perte de la tutelle au nombre des causes faisant cesser l'usufruit; donc prononcer cette cessation sur ce motif, c'est ajouter à la loi et la méconnaître.

Nous répondons qu'il est des conséquences tellement logiques, que la loi n'a pas dû les exprimer. Dès qu'aux yeux du législateur la jouissance du père était corrélative à l'accomplissement de ses devoirs, il n'y avait plus qu'à s'en référer aux principes généraux sur l'effet de l'indivisibilité des contrats. Ainsi, la loi ne dit nulle part que l'abus de la jouissance fera cesser l'usufruit du père. Cependant l'affirmative est, sans contestation, admise par tout le monde, dans les conditions de l'article 618.

Nous répondons ensuite que l'article 386 n'a rien de limitatif; qu'il se borne à examiner deux cas dans lesquels un doute plus ou moins sérieux pouvait d'autant plus naître, que dans chacun d'eux la conduite du père ou de la mère pouvait être matériellement et moralement irréprochable. Ainsi, par exemple, la mère se remariant peut être maintenue dans la tutelle. Donc, puisque le législateur entendait la priver de l'usufruit, il devait s'en expliquer formellement. Mais conclure de ce qu'il l'a fait, que la cessation de l'usufruit se restreint dans les deux hypothèses de l'article 386, c'est donner à cette disposition une étendue qu'elle ne comporte pas.

L'article 386 est si peu limitatif, que la loi elle-même prononce la suppression de l'usufruit dans des hypothèses autres que celles qui y sont prévues. Nous en trouvons deux exemples notables dans les articles 1442 du Code civil et 335 du Code pénal. Le premier de ces articles fournirait à notre opinion un *a fortiori* incontestable. Quoi! le père qui néglige de faire inventaire à la dissolution de la communauté perdra son usufruit légal, et celui qui a été ignominieusement destitué de la tutelle pourra impunément le conserver?

L'article 386 n'est donc pas limitatif. Les hypothèses qu'il suppose s'étendent non-seulement aux autres cas prévus par la loi, mais encore à ceux résultant d'une incontestable analogie. L'effet de celle-ci a été dès longtemps admis.

Ainsi l'article exige, pour que la mère perde son usufruit légal, qu'elle ait convolé à de nouvelles noces. Or, la conséquence immédiate du caractère restrictif qu'on donnerait à cet article serait que la mère qui, sans se remarier, se livrerait à la débauche la plus notoire, devrait conserver cet usufruit. C'est cependant le contraire qui a été bien des fois consacré. La cour de Limoges, qui le jugeait ainsi en 1807 et en 1810, le décidait de nouveau le 23 juillet 1824. C'est dans le même sens que la cour de Lyon se prononçait, par arrêt du 22 décembre 1829.

Proudhon applaudit à ces décisions. En s'abandonnant à la débauche, dit-il, la mère s'est rendue bien plus répréhensible envers ses enfants que si elle s'était remariée, puisque, au lieu de les porter à la vertu, elle leur donne l'exemple d'un déréglement de mœurs; qu'ayant mérité de perdre la tutelle par une inconduite notoire, et ses enfants devant cesser de lui être confiés, il serait injuste qu'elle conservât encore la jouissance de leurs biens, lorsqu'elle s'est rendue indigne de conserver l'administration de leur personne [1].

Nous applaudissons aux décisions des cours de Lyon et de Limoges, nous admettons l'évidente justesse des considérations de Proudhon. Mais il faudrait cependant les repousser, si l'article 386 avait le caractère restrictif qu'on lui suppose et que nous ne saurions reconnaître. L'article 386 admet donc des analogies. La pensée du législateur, son application comportent des développements. Il n'y a donc pas à hésiter dans toutes les hypothèses dans lesquelles se rencontreront des motifs déterminants.

Or, ces motifs sont : d'une part, l'intérêt des enfants; de l'autre, l'inexécution des obligations qu'impose la puissance paternelle. L'usufruit légal n'a pas pour objet aujourd'hui d'enrichir le père, il est un encouragement à la loyale et fidèle exécution du mandat de défense et de direction qui lui est confié; une récompense de l'affection qu'il témoigne à ses enfants, des peines et soins qu'il s'impose à leur occasion; une

[1] *Usuf.*, t. I, n° 146.

indemnité des *droits onéreux* qu'il su

Celui qui méconnaît et répudie ces c celui qui en est déclaré indigne, celui qui de perdre la tutelle, cet autre attribut de sance paternelle, doit, bien plus encore c poux dont les torts motivent le divorc séparation de corps, à bien plus juste ti la mère qui se remarie, perdre par cela tous les avantages qu'il ne doit recevc comme une compensation des charges est dispensé pour l'avenir [1].

1714. — L'aliénation des biens donné sentie après coup par le donateur, consti autre fraude dont celui-ci peut se rendi pable. Cette fraude, à l'endroit des do entre-vifs, ne peut se concevoir qu'au mo la simulation dans la date de la vente. ractère public de la donation ne permettr l'hésitation, si la vente résultant d'un ac blic se rapportait avec toute certitude époque postérieure à la donation. La dont nous parlons sera donc de toute né signalée par l'existence d'un acte sous privé, dont la date remontera à une époq terminée et antérieure à l'acte de do Nous nous sommes déjà occupés de cette thèse, nous n'avons donc pas à y revenir

1715. — Il n'en est pas de même des tions à cause de mort. On sait que les a 1082 et 1084 du Code civil permettent à personnes de donner par contrat de m tout ou partie des biens qu'elles délaisser jour de leur décès, ou cumulativement biens présents et ceux à venir.

Cette donation, qui est la véritable insti contractuelle de l'ancien droit, est irrévc ment acquise du jour du contrat, en ce se le donataire est héritier certain et incomm du donateur ; mais ses effets, son étendu émolument réel sont exclusivement subor à la volonté du donateur et aux actes qu'i souscrire de son vivant.

Celui-ci, en effet, n'est nullement en par l'obligation qu'il s'est imposée. Notre a droit ne lui faisait pas même perdre le de disposer de ses biens à titre gratuit. l cle 1083 respecte lui-même ce droit, en l treignant, avec juste raison, aux donation sommes modiques, à titre de récompen autrement. Quant à celui de disposer à titr reux, de vendre, d'hypothéquer, il existe toute sa latitude.

Il est évident qu'il ne pouvait en être a

[1] Chardon, *Dol et Fraude*, t. II, n° 328.

dans la solution de ces questions, a dicté la conduite adoptée par le législateur. Pour que la division soit possible, il faut qu'un état des dettes actuellement dues soit rédigé au moment de la donation et annexé à l'acte. Cette précaution déterminant les charges du présent, le donataire pourra, en renonçant aux biens à venir, s'exonérer des dettes postérieures.

Si l'état n'a été ni rédigé, ni annexé, il y a une confusion absolue de toutes les charges, comme de tous les biens. Le donataire devra les payer toutes, à moins qu'il ne renonce à la donation, tant pour les biens présents que pour les biens à venir.

Si le donataire accepte, son obligation de payer les dettes ne peut s'étendre à celles qui ne seraient que le résultat de la collusion ou de la fraude. Simuler une dette qui n'existerait pas, c'est consentir une libéralité, et ce droit n'appartient plus à celui qui a déjà donné tous ses biens, alors même que l'effet de la donation est subordonné à son décès. La preuve de cette simulation par le donataire ferait prononcer l'annulation de la dette à son profit. Cette règle ne reçoit qu'une exception, à savoir : si la donation renfermait la clause de payer indistinctement toutes les dettes, conformément à l'article 1086.

1715 *bis*. — Deux espèces, sur lesquelles nous avons été consulté, ont signalé à notre attention une grave difficulté pouvant résulter d'une institution contractuelle autorisée par les articles 1082 et 1083. Dans la première, la mère avait, dans le contrat de mariage de sa fille, fait une donation de tout ce qu'elle délaisserait, mais, par une clause subséquente, elle s'était interdit de vendre ses immeubles autrement qu'avec le consentement de son gendre.

Dans la seconde, les neveux et nièces de la donatrice contractant mariage, celle-ci leur avait, par leur contrat, assuré son entière succession. La même interdiction de vendre ou d'hypothéquer accompagnait la donation d'une manière absolue, seulement la donatrice s'était réservé la faculté de disposer à titre onéreux jusqu'à concurrence de cinq mille francs.

Dans l'une comme dans l'autre, il était formellement stipulé que les époux ne prendraient la possession et la jouissance des biens qu'au décès de la donatrice. Aucun de ces actes n'avait reçu la formalité de la transcription.

Quel était le caractère de cette prohibition? Était-elle opposable aux tiers acquéreurs ou prêteurs postérieurs au contrat? Était-elle obligatoire pour le donateur lui-même?

Cette question, parfaitement neuve, nous a paru devoir être résolue par la négative. Par rapport au donateur, la restriction qu'il s'est imposée est frappée d'une nullité radicale et absolue, comme violant une loi d'ordre public et d'intérêt général. A l'égard des tiers, une pareille clause serait non-seulement illégale, mais encore monstrueuse et inique dans ses résultats.

Le droit de disposer de sa chose est l'attribut le plus essentiel, le plus direct de la propriété. Le sacrifice de ce droit, autorisé quelquefois, devait amener à ce résultat de frapper la richesse territoriale d'une indisponibilité funeste pour l'État, plus funeste encore pour le possesseur lui-même.

Cet inconvénient grave s'était déjà réalisé sur une vaste échelle lorsque, la révolution de 1789 arrivant, l'abolition de la mainmorte parut indispensable et fut tout d'abord prononcée. C'est aussi cette abolition que le Code civil a consacrée.

La prohibition de la donation à cause de mort n'a pas d'autre origine. Il répugnait à la raison que celui qui n'a pas voulu actuellement se dépouiller de ses biens pût continuer à les posséder, mais sous l'obligation de ne pouvoir les consacrer à ses propres besoins.

Il est vrai que le législateur a consacré une exception. La donation pour cause de mort est permise en contrat de mariage. Mais cette exception, commandée par la faveur due à celui-ci, a été expressément restreinte dans des limites déterminées à l'endroit de l'irrévocabilité. Aux termes de l'article 1083, cette irrévocabilité se réduit à l'interdiction de disposer à l'avenir à titre purement gratuit. La donation pour cause de mort, même par contrat de mariage, reste donc ce qu'elle n'a jamais cessé d'être, un testament. Seulement, et par une dérogation au droit commun, ce testament est irrévocable. La vocation qu'il renferme assure à l'institué le droit d'empêcher toute libéralité ultérieure, la certitude de recueillir, à la mort de l'instituant, tout ce qui sera délaissé par lui.

Ainsi, fidèle à la pensée qu'il importe de ne pas laisser, même momentanément, la propriété flottante et indécise, le législateur ne s'en est pas départi, même à l'endroit du mariage qu'il voulait favoriser. La donation pour cause de mort n'est que le don *de eo quod supererit*. Jusqu'au décès, le donateur conserve le droit d'aliéner à titre onéreux, et cela à proportion de ses besoins, au gré même de ses caprices.

C'est cependant ce que la clause que nous examinons a pour effet de détruire. La prohibition que se fait le donateur de toute aliénation à

titre onéreux rend sa donation une véritable et pure donation à cause de mort. En effet, il s'enlève l'attribut le plus essentiel de la propriété. Celle-ci ne passe pas cependant sur la tête du donataire, qui ne la recevra qu'au décès. En réalité donc, la propriété, dans son acception ordinaire, n'appartient à personne, elle demeure condamnée à rester immobile et indisponible jusqu'à la réalisation de la condition. En d'autres termes, ce qui s'accomplit, c'est une nouvelle mainmorte qui, pour n'être que temporaire, n'en offre pas moins tous les inconvénients qui ont fait proscrire cet état de choses.

Pour valider une convention de ce genre, il faudrait donc que la loi en eût conféré la faculté ou imposé le devoir. Rencontrera-t-on cette disposition dans l'article 1082? Mais, nous l'avons déjà dit, cet article n'est qu'une exception à la règle générale qui proscrit la donation pour cause de mort. Cette exception est elle-même conditionnelle. C'est donc à celui qui en invoque le bénéfice à prouver que ce bénéfice lui est dû. Il doit, dans tous les cas, en accepter l'effet légal. Or cet effet nous le rencontrons dans l'article 1083; tout ce que la loi autorise, c'est la prohibition de disposer à titre gratuit.

Aller au delà, c'est sortir des termes de la loi, c'est se placer conséquemment dans l'impossibilité de se réfugier sous son égide. La clause que nous invalidons fait plus encore, elle fait revivre la donation à cause de mort dans toute son étendue. Elle se place donc en opposition formelle avec l'ordre du législateur; elle méconnaît et viole sa défense formelle; elle ne peut dès lors créer aucun lien obligatoire.

La nullité étant radicale, le donateur, en vertu des principes que nous avons exposés, est donc, quoique partie au contrat, recevable à la poursuivre lui-même.

Les motifs légaux motivant cette solution pourraient être, par une supériorité de raisons incontestable, invoqués dans l'intérêt des tiers. Mais, par rapport à eux, la nullité, en ce qui les concerne, est surtout commandée par la raison et la justice.

Sans doute la loi doit protéger la partie elle-même contre tout entraînement irrationnel, contre l'exagération de ses sentiments de bienveillance. Mais ce devoir est bien plus rigoureux lorsqu'il s'agit de tiers contre lesquels on demande l'exécution d'un contrat auquel ils sont demeurés étrangers, alors surtout qu'on n'a à leur reprocher ni négligence, ni imprudence.

Que celui qui traite avec un homme marié se fasse représenter son contrat de mariage; qu'il ne soit pas admis à se plaindre si, ayant négligé ce devoir, le sort de sa créance se trouve compromis par les stipulations de ce contrat, on le comprend. Quelque rigoureuse qu'elle soit, cette solution n'est motivée que sur l'imprudence et l'oubli d'un devoir consacré par la loi.

Mais qu'on fasse une obligation au créancier de consulter les contrats de mariage non-seulement des enfants du débiteur, mais encore de ses neveux, cousins, et même des étrangers auxquels il a pu faire des donations, ce serait pousser la rigueur au delà de toutes les bornes imaginables.

Indépendamment, en effet, de l'impossibilité matérielle d'une pensée supposant la connaissance préalable des divers mariages auxquels le vendeur ou l'emprunteur a pu assister, l'acquéreur ou le prêteur n'a pas même à s'en préoccuper. Il sait qu'il trouvera aux hypothèques la trace des diverses affectations pouvant grever la propriété qu'il achète ou sur laquelle il prête. Lorsque le registre des transcriptions et celui des hypothèques sont muets, il ne doit supposer autre chose qu'une absence de toute aliénation et de tous gages.

Or, que résultera-t-il, dans notre espèce, d'une recherche dans ces registres? Rien évidemment, car la donation autorisée par l'article 1082 n'est pas soumise à la transcription. Comment, dès lors, connaître la clause par laquelle le donateur a dérogé à l'article 1083? Eh! on pourrait l'opposer aux créanciers! Mais s'il s'agissait d'une donation actuelle et irrévocable, qui n'eût pas été transcrite, on ne pourrait s'en prévaloir contre eux, et l'on voudrait les rendre victimes d'une clause qui n'était susceptible de recevoir et qui n'a effectivement reçu aucune publicité?

Concluons donc que les tiers créanciers ne sauraient, moins encore que le donateur lui-même, souffrir d'une convention dont la validité deviendrait pour eux un moyen assuré de ruine et de fraude. Ajoutons que cette validité porterait le coup le plus funeste au crédit public. Qui oserait acheter ou prêter, si après les plus minutieuses précautions, si après la preuve de la propriété, accompagnée de la négation de toutes charges, on pouvait être complétement dépouillé par l'effet d'un contrat de mariage préparé dans ce dessein?

La loi n'admet que deux manières de grever la propriété : l'aliénation, l'hypothèque. Or, la dérogation à l'article 1083 n'est pas une aliénation, le donateur ne perd pas, le donataire n'acquiert pas la propriété, elle ne constitue pas une hypothèque, elle n'est donc qu'une obligation de

faire. Comme l'objet qu'elle se propose est contraire à la foi publique, contraire à l'intérêt général, elle est insusceptible de produire un effet quelconque.

1716. — Pendant la durée de sa jouissance, l'usufruitier peut consentir des baux. Dans l'ancien droit, la durée de ces baux était subordonnée à celle de l'usufruit. La mort de l'usufruitier amenait donc, comme conséquence forcée, la résolution du bail qu'il avait consenti.

Le Code a, avec sagesse, dérogé à un état de choses ayant entre autres inconvénients celui d'occasionner un grave préjudice au propriétaire lui-même. Un fermier n'améliore que lorsque, par sa durée convenue, sa jouissance le met à même de profiter lui-même de ces améliorations. On s'impose, dans un bail de neuf ans, des obligations qu'on ne contracterait pas s'il ne devait durer qu'un an ou deux. Or, comment contracter à plus ou moins long terme avec celui dont la mort, devant faire résoudre la convention, ne peut dès lors consentir qu'un droit essentiellement aléatoire?

L'intérêt du nu propriétaire, celui de la propriété elle-même exigeait donc qu'on affranchît le fermier de la chance que lui imposait l'ancien droit. C'est ce qu'a fait le Code qui maintient, à la mort de l'usufruitier, les baux qu'il a consentis pendant sa vie, aux conditions requises par les articles 595 et 1429.

Mais l'obligation imposée au propriétaire d'exécuter ces baux ne doit s'entendre que de ceux faits loyalement et sans fraude. Si, par une collusion et pour nuire éventuellement à ses intérêts, le fermier et l'usufruitier s'étaient entendus pour donner au bail un prix sans proportion avec la valeur réelle des biens; si le véritable prix avait été dissimulé dans l'acte et l'excédant payé à l'usufruitier de la main à la main, et que le fermier prétendît ne payer à l'avenir que le prix apparent, le propriétaire serait recevable à prouver l'un et l'autre et à obtenir la résiliation du bail [1].

1717. — Toutes les fraudes que nous venons d'indiquer, et dont le donataire peut être victime, sont non-seulement dirigées contre lui, mais encore contre ses héritiers. En conséquence, les actions qu'il peut exercer passent à ceux-ci, ils peuvent les intenter et les poursuivre comme il le ferait lui-même.

Ses créanciers jouiraient également de cette faculté, soit en vertu de l'article 1166, soit par application de l'article 1167. La certitude qu'a le donataire que les biens donnés ne profiteront qu'à ses créanciers, peut le rendre fort indifférent au sort futur de la donation. Dans ce sentiment, on ne pourrait s'attendre à une bien vive résistance de sa part contre la fraude du donateur.

1718. — Dans d'autres circonstances, ce sera pis encore, cette même fraude sera concertée entre celui-ci et le donataire, car elle n'aura pour objet que de lui faire arriver d'une manière détournée et indirecte ce dont il sera dépouillé d'une manière apparente, et cela uniquement pour arracher aux créanciers le gage qu'ils rencontreraient dans les biens donnés.

Il est donc juste d'autoriser les créanciers à faire tout ce que l'éventualité d'un pareil préjudice est dans le cas de leur inspirer. La fraude, sans doute, dans cette hypothèse, ne se présume pas plus que dans les cas ordinaires; mais le silence que le donataire s'imposerait en présence d'une spoliation imminente ou consommée, créerait un grave préjugé contre sa bonne foi, et cette circonstance coïncidant avec l'existence de nombreux créanciers, dont le payement doit nécessairement absorber l'entier émolument de la donation, on supposerait facilement la fraude que ceux-ci alléguerait.

1719. — Le donateur est beaucoup moins exposé. Toutes les fraudes qu'il a à redouter de la part du donataire se résument dans l'une des deux circonstances suivantes : inexécution des conditions, ingratitude.

Mais l'effet de ces fraudes étant la révocation de la donation, il est évident que le donataire est personnellement plus intéressé que le donateur à ne pas s'en rendre coupable. Donc, de l'un à l'autre, ces fraudes sont peu probables et surtout fort peu à redouter pour ce dernier.

1720. — Il n'en est pas ainsi pour les créanciers du donataire. Nous venons de le dire, la certitude que les biens donnés seront absorbés par le payement de ses dettes peut engager le donataire à subir sans se plaindre la fraude du donateur, à la concerter même. A plus forte raison, cette conviction sera-t-elle dans le cas de l'amener à rendre la révocation inévitable, en se dégageant des liens d'une exécution devenue onéreuse, ou en payant d'ingratitude les bienfaits qu'il a reçus.

A l'absence de tout autre intérêt que celui d'éteindre ses dettes, chose à laquelle beaucoup de gens ne semblent pas tenir beaucoup, il peut s'adjoindre un autre motif bien plus décisif. La révocation peut ne pas avoir d'autre but que de favoriser la famille du donataire; ainsi, cette révocation prononcée, le donateur reprendra les

[1] Voy. *suprà*, nos 1001 et suiv.

biens, qu'il transmettra à celle-ci libres de toutes les charges qu'elle eût dû subir sans la réalisation de cette manœuvre. On comprend la gravité du préjudice que les créanciers, que les tiers ayant traité avec le donataire pourraient souffrir d'un pareil calcul.

1721. — Les premiers ne seront devenus tels que par suite du crédit que la possession des biens donnés a procuré au donataire, et la révocation, annulant tout droit de propriété, leur enlève toute espérance de remboursement. Les tiers, ayant acheté et payé des biens qu'ils croyaient reposer incommutablement sur la tête du vendeur, se verront dépouillés de la chose et du prix qu'on se gardera bien de leur restituer.

Tel est en effet le caractère que l'article 954 affecte à la révocation pour inexécution des conditions. Elle fait rentrer aux mains du donateur les biens donnés, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; elle détruit tous les droits conférés par celui-ci, et autorise la revendication des immeubles contre les tiers détenteurs.

C'est aussi ce moyen que la fraude exploitera de préférence; à la facilité qu'il offre, s'unit l'énergie des effets, et ce sera surtout en considération de ces derniers qu'on recourra à la fraude que nous indiquons.

1722. — Pour se défendre utilement contre ce danger, les tiers créanciers ou possesseurs devaient être autorisés à se substituer au donataire dans l'exécution des conditions que celui-ci n'aurait pas remplies, où refuserait de remplir à l'avenir. C'est ce que la cour de Bordeaux a formellement jugé le 7 décembre 1829.

La cour de Riom a consacré ce même principe, mais pour que la demande soit recevable, elle exige que les créanciers prennent l'engagement personnel de remplir les conditions portées en l'acte entre-vifs, à la révocation duquel ils s'opposent, et que cet engagement présente pour l'avenir les garanties les plus positives. Dans l'espèce de cet arrêt, les biens ayant été saisis sur la tête du donataire, étaient revendiqués par le donateur, au bénéficé de la demande en révocation pour cause de non-payement d'une rente viagère qui en avait été la condition. Les créanciers saisissants offraient, pour empêcher cette révocation, de n'adjuger les biens qu'à la charge des prestations imposées par le donateur, ou de laisser en mains de l'adjudicataire les sommes destinées à y faire face. Mais cette offre fut jugée insuffisante, incapable de garantir le payement à venir de ce qui était dû au donateur et n'équivalant aucunement à l'engagement personnel que les créanciers auraient dû contracter pour empêcher la révocation [1].

Cette décision nous paraît rationnelle. La loi empêche la révocation lorsqu'elle acquiert la certitude que le droit du donateur, complétement assuré pour l'avenir, n'éprouvera plus aucun retard dans son exécution. Cette certitude naît incontestablement de cette circonstance qu'à la garantie offerte par les biens donnés vient s'adjoindre celle d'un ou de plusieurs créanciers dont la solvabilité répond de l'engagement qu'ils contractent.

Mais cette certitude n'existe plus si les créanciers se bornent à laisser seulement une partie des biens donnés affectés à la dette répondue sur leur généralité. Sans doute, la somme laissée en mains de l'adjudicataire est destinée à faire face à la prestation annuelle, mais l'accumulation possible des arrérages fait disparaître cette garantie elle-même, puisqu'en cas d'insolvabilité de l'adjudicataire, la somme entamée par le payement de ces arrérages ne donnera plus annuellement un intérêt suffisant. Au lieu de voir ses garanties diminuer, le donateur doit en trouver un surcroît dans l'accession des créanciers, et ce résultat ne peut être atteint que par l'engagement personnel qu'ils contracteront à son égard.

A cette condition, la donation sera maintenue, et les droits des tiers sauvegardés contre la mauvaise volonté, contre le malheur, contre la fraude. Cette condition elle-même n'a rien que de fort juste, celui qui se dépouille de ses biens ne peut être contraint de tenir ses engagements que si on respecte ceux qu'il a imposés en échange de sa libéralité. D'autre part, ceux qui ont traité avec le donataire, qui ont consulté son titre, n'ont pu ignorer la nature de ses droits. La faculté qu'on leur donne de se livrer eux-mêmes à l'exécution des obligations que celui-ci ne veut ou ne peut remplir, et qui est pourtant la condition substantielle de ces mêmes droits, ne saurait donc exciter leurs plaintes et moins encore être taxée d'injustice.

1723. — La révocation pour ingratitude ne saurait être conjurée par les créanciers, ils ne peuvent se faire substituer à cet égard aux obligations toutes personnelles de leur débiteur.

Ce point de vue n'a pas échappé au législateur, il a été au contraire pris en sérieuse considération lorsqu'il s'est agi de caractériser l'ingratitude, d'en établir les effets à l'encontre des tiers.

Ces effets sont réglés par l'article 958, la ré-

[1] Riom, 3 janvier 1826.

vocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande, en marge de la transcription prescrite par l'article 939.

Ainsi, à la différence de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, rétroagissant au jour du contrat, et effaçant tout ce qui a pu se réaliser dans l'intervalle, celle pour ingratitude n'a d'effet qu'à partir du moment où se réalise l'acte la constituant. Dans ce dernier cas, le donateur a le tort d'avoir mal placé ses bienfaits. Cette erreur est même, en ce qui le concerne, une véritable faute dont il doit supporter les conséquences; il serait aussi absurde qu'injuste d'en reporter la responsabilité sur des tiers, que le choix du donateur devait naturellement rassurer à cet égard.

On peut sans doute prévoir une inexécution et s'en préoccuper, on ne peut raisonnablement en agir de même contre une ingratitude que rien ne fait présumer. En conséquence, si elle se réalise, les tiers qui ont jusque-là de bonne foi traité avec le donataire n'ont aucune faute à se reprocher. Leur droit doit donc être essentiellement respecté.

Pour qu'on pût leur reprocher une faute, il faudrait qu'ils eussent été à même de connaître la conduite du donataire. Cette condition se réalisant par l'inscription de la demande en révocation, à la marge de la transcription, ceux qui ont traité postérieurement seront seuls déchus des droits ainsi imprudemment acquis.

Mais la certitude de l'inévitable préjudice qu'ils sont dans le cas de subir serait une raison suffisante pour leur reconnaître, comme à tous les créanciers cédulaires, le droit d'intervenir dans l'instance en révocation qui doit dans tous les cas être ordonnée par justice. Sans doute ils ne pourront se substituer aux obligations de leur débiteur et faire par ce moyen repousser la révocation. Mais ils sont recevables à en contester le mérite, à soutenir qu'elle n'a pas été réalisée en temps utile, ou que les faits sur lesquels elle repose n'ont pas la gravité requise.

1724. — L'ingratitude, en effet, est quelque peu une abstraction dont il importait de déterminer le caractère, relativement à la révocation qu'elle est dans le cas d'autoriser. Son appréciation arbitraire ouvrait une trop large issue à la fraude, une carrière beaucoup trop vaste à de nombreux procès.

L'article 955 répond à ce double danger et les évite l'un et l'autre. L'ingratitude, dont le législateur a voulu parler et qu'il punit de la perte de la libéralité, n'existe :

1° Que si le donataire attente à la vie du donateur;

2° Que s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves;

3° Que s'il lui refuse des aliments.

1725. — Les deux premiers faits n'ont la conséquence signalée que si leur matérialité est accompagnée de la culpabilité, la certitude du défaut d'intention devrait faire maintenir la donation. Ainsi, si l'attentat ou le délit n'avait eu lieu que dans le cas de légitime défense; s'il était le résultat de la démence ou le produit d'une imprudence ou de l'inobservation des règlements, la demande en révocation serait repoussée.

De là encore cette autre conséquence que le fait reproché doit être personnellement imputable au donataire. L'acte imputable à l'héritier, au mari, au tuteur n'autoriserait pas la révocation contre le père, la femme ou le mineur.

1726. — Les délits prévus par l'article 955 doivent être entendus non-seulement des actes contre la personne, mais encore de toute atteinte dirigée contre la fortune du donateur [1]. Néanmoins ces derniers ne motiveraient la révocation que si, par leur gravité, ils ont compromis ses moyens d'existence. Cette condition, consacrée par notre ancienne jurisprudence, est aujourd'hui unanimement recommandée. Tel ne serait donc pas évidemment un délit de chasse, par exemple. C'est conséquemment avec juste raison que Duranton et Poujol enseignent qu'un pareil délit ne saurait devenir la base d'une poursuite en révocation.

Les délits commis contre les ascendants ou descendants du donateur, contre son conjoint ou ses autres proches parents, ne pouvant être considérés comme commis envers lui, ne remplissent pas la condition impérieusement exigée par l'article 955. Ils ne pourraient donc, comme tels, devenir la matière d'une révocation, mais ils pourraient être avec juste raison envisagés comme injures graves envers le donateur et se ranger comme telles dans la catégorie des causes l'autorisant.

1727. — L'article 955 n'exigeant plus que le donataire ait été condamné, ainsi que l'article 727 le veut pour l'indignité de l'héritier, il en résulte que l'absence de sa condamnation, que

[1] Paris, 17 janvier 1833.

celle même de toute poursuite criminelle contre le donataire, ne pourrait créer aucun obstacle à la demande en révocation. Il suffirait pour la faire admettre que l'attentat ou le délit fût établi dans la poursuite dont on aurait investi le tribunal civil.

1728. — La gravité des sévices et injures est abandonnée à l'appréciation du juge. Mais il est une observation générale que nous trouvons dans Coin-Delisle, et qui, empreinte d'une évidente sagesse, nous paraît devoir être la règle constante de cette appréciation. La loi, dit ce savant jurisconsulte, ne dépouille le donataire qu'autant que le fait procède de sa volonté et de l'ingratitude de son âme. Outre le fait matériel, elle veut que le donataire *s'en soit rendu coupable envers le donateur;* d'où il suit que de simples torts, ou des faits blâmables en eux-mêmes, mais qui trouveront leur excuse dans un premier mouvement, dans des habitudes grossières, dans une évidente provocation du donateur, n'entraînent pas toujours la révocation.

Par application de cette doctrine, la cour de Toulouse a jugé qu'une donation faite par un père à son fils ne doit pas, sur la demande du donateur, être révoquée pour cause d'ingratitude, par cela seul que le fils a, dans une lettre, traité le donateur de voleur; alors surtout que la lettre, d'ailleurs sans signature et sans adresse, n'était destinée à aucune publicité et n'en a reçu aucune; qu'elle a été écrite, après un grand nombre d'années d'une conduite irréprochable de la part du fils envers le père, dans le cours d'une contestation judiciaire où la résistance du père avait été reconnue mal fondée, et en réponse à une demande réputée injuste, et surtout encore si les parties sont des personnes dont l'éducation ait été négligée [1].

1729. — Le refus d'aliments, surtout lorsque le donateur en éprouve un besoin urgent et réel, est un acte d'inhumanité et d'odieuse ingratitude envers son bienfaiteur. On ne comprend donc pas la controverse que la question de savoir s'il devait autoriser ou non la révocation de la donation avait fait naître sous l'empire de notre ancien droit [2]. L'article 955 l'a tranchée de la seule manière possible et convenable.

Mais ce n'est pas refuser des aliments que de contester soit l'opportunité et la nécessité de la demande, soit le chiffre auquel elle a été portée; les besoins peuvent n'être pas réels, le chiffre peut être tellement exagéré que, dans son ensemble, la prétention ne soit qu'un moyen calculé pour amener une inévitable résistance, et arriver ainsi à faire prononcer la révocation. Il suffit donc que le donataire ait pu de bonne foi se croire autorisé à contester, pour que la condamnation absolue de sa prétention ne puisse avoir d'autre conséquence que celle de l'exécuter dans l'avenir, sous peine de révocation.

Il en devrait être et il en serait autrement si la détresse du donateur était notoire, si le chiffre des aliments qu'il réclame était d'une évidente, d'une incontestable modération, dans sa proportion avec l'importance des biens donnés. Dans cette hypothèse, la résistance du donataire ne serait qu'un refus d'aliments, déguisé sous un prétexte spécieux, qui ne devrait pas l'affranchir des conséquences de sa mauvaise foi.

1730. — L'article 956 dispose que, dans aucun cas, la révocation n'est de plein droit acquise. Les conséquences de cette règle sont importantes pour les tiers; elles leur assurent les deux résultats suivants :

1° La révocation devant être prononcée par justice, sa poursuite donnera lieu à une instance dont la publicité éveillera nécessairement la sollicitude de tous ceux que son issue pourra intéresser. Chacun d'eux pourra, dès lors, se présenter dans l'instance et y intervenir pour veiller à la défense de ses droits et les mettre à l'abri de toute collusion et de toute fraude;

2° La révocation, respectivement consentie, ne peut avoir d'effets qu'entre les parties. On ne pourrait l'opposer aux tiers sans leur conférer le droit d'en appeler à la justice. Le débiteur peut bien disposer de ce qui lui appartient; mais toute disposition de nature à enlever un droit acquis à un tiers ne saurait être valablement faite qu'autant que celui-ci a été mis à même de se défendre.

Ce principe est tellement absolu que, dans l'hypothèse d'une révocation pour cause d'inexécution des conditions, le jugement ne serait définitif contre les créanciers hypothécaires et les tiers détenteurs, qu'autant que, appelés en cause, l'exécution commune en a été contradictoirement prononcée contre eux. Sans doute, le donateur n'est pas tenu de réaliser cet appel, mais son absence laisse subsister pour les tiers la faculté de former tierce opposition au jugement et de le faire rétracter, en offrant, au besoin, l'exécution refusée par le donataire.

1731. — L'action du donateur en révocation

[1] 29 avril 1835.

[2] Voy. Furgole, *Test.*, chap. II, sect. Ire, no 67; Ricard, part. III, nos 700 et suiv.; Pothier, *Donat.*, sect. III, art. 3, § 1.

pour cause d'inexécution n'est et ne pouvait être soumise à aucun délai. L'inexécution se renouvelle à chaque échéance de l'obligation, et ce n'est qu'en tant qu'elle n'a jamais cessé que l'action serait recevable. Si, après un intervalle quelconque de suspension, l'exécution avait été reprise d'un commun accord et continuée sans interruption nouvelle, le donateur ne pourrait plus, sous aucun prétexte, exciper d'une inexécution précédente, complétement effacée.

Mais l'action pour inexécution passe aux héritiers du donateur. Par rapport à ceux-ci, l'obligation d'exécuter ayant cessé d'exister au décès du donateur, la prescription trouve, dans ce décès, un point de départ certain. L'absence de toute réclamation, dans les dix ans de ce décès, éteindrait donc toute action ultérieure.

L'action en révocation pour cause d'ingratitude se restreint entre le donateur et le donataire. Elle ne peut, dit l'article 957, être poursuivie par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire.

La personnalité de l'ingratitude et l'injustice de la punir sur ceux qui y sont demeurés étrangers détermine la première règle. La présomption du pardon, toujours facultatif pour l'offensé, a fait consacrer la seconde. Mais cette présomption n'est acquise, aux termes de notre article, que si le donateur est resté un an, à compter du jour du délit imputé ou de celui de sa connaissance, sans intenter l'action. Conséquemment, si le donateur est mort avant l'expiration de ce délai ou si, avant de décéder, il a réalisé la poursuite, ses héritiers seront recevables à l'intenter ou à la continuer contre le donataire.

Ainsi, la révocation pour cause d'ingratitude se prescrit par un an. Elle peut, de plus, être querellée en la forme, sous le rapport de la personne qui l'intente au fond, comme ne constituant pas l'un des faits prévus par l'article 955. On comprend, dès lors, toute l'utilité du droit d'intervenir, de celui de former tierce opposition que nous reconnaissons aux créanciers que cette révocation peut intéresser.

1732. — Toutes les actions qui se transmettent aux héritiers et qui ne sont pas, dès lors, exclusivement attachées à la personne peuvent être exercées par les créanciers de l'ayant droit, en force de la disposition de l'article 1166. De cette règle, il résulte que le silence ou l'inaction du donateur fondé à poursuivre la révocation autorise ses créanciers à le faire en son lieu et place.

Les fins de non-recevoir, tirées de la renonciation à se pourvoir, à l'endroit de l'inexécution, de la prescription annale en matière d'ingratitude, opposables au donateur, le seraient également aux créanciers. Il y a cependant, entre l'une et l'autre, cette différence que la renonciation pourrait être attaquée comme contrevenant à l'article 1167, tandis que la prescription annale, définitivement acquise, formerait un obstacle invincible au succès de leur demande.

1733. — L'article 959 déclare les donations faites par contrat de mariage non révocables pour cause d'ingratitude. Elles sont donc, quant à l'inexécution des conditions, sur la même ligne que toutes les autres. La règle à l'endroit de l'ingratitude reçoit même exception pour les avantages entre époux que la séparation de corps fait révoquer [1].

1734. — Les substitutions fidéicommissaires, prohibées dans les libéralités testamentaires, le sont également dans les actes entre-vifs. Les caractères auxquels on doit les reconnaître, les effets qu'elles produisent étant identiques dans les deux cas, nous nous en référons aux règles que nous avons exposées dans le paragraphe précédent [2].

§ IV.

Emprunts et ventes.

SOMMAIRE.

1735. — Facilités que ces actes donnent pour la fraude.
1736. — Leurs effets en matière commerciale.
1737. — Précautions prises à cet égard. — A quoi a tenu leur inefficacité.
1738. — Modifications introduites par la loi de 1838.
1739. — Effets de la poursuite intentée personnellement par un créancier.
1740. — Effets et caractères de la simulation dans les emprunts ou ventes en matière de déconfiture civile.
1741. — La simulation d'une obligation peut être opposée par un créancier postérieur.
1742. — Fondement de cette doctrine.
1743. — Caractère de la vente à rente viagère et à fonds perdu.
1744. — Elle exige l'existence d'un risque sérieux et certain.
1745. — Cette condition doit-elle être reconnue dans la vente moyennant une rente viagère inférieure ou à peine égale au revenu des biens?
1746. — *Quid* si, indépendamment du payement de la rente, l'acheteur a payé une partie quelconque du prix?
1747. — L'action en lésion est-elle recevable contre la vente à fonds perdu?
1748. — Résumé.

[1] Voy. *suprà*, n° 839.

[2] *Suprà*, nos 1580 et suiv.

1749. — Éléments de l'appréciation du juge pour connaître s'il y a lieu à nullité ou à rescision.
1750. — Nullité de la vente à fonds perdu, si le crédirentier est mort au moment du contrat.
1751. — Différence, à cet égard, entre cette vente et l'assurance maritime.
1752. — Nullité de la vente à rente viagère constituée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est morte dans les vingt jours de l'acte.
1753. — Applicabilité de l'article 1795, si le contrat est fait par la personne malade et en sa faveur.
1754. — Cette nullité est d'ordre public. — Conséquences qu'en tire Dalloz, quant à la renonciation que les parties feraient de s'en prévaloir.
1755. — La vente sous seing privé fait-elle foi de sa date contre les héritiers du vendeur agissant en vertu de l'article 1795?
1756. — Arrêt notable de la cour de cassation consacrant la négative.
1757. — Son caractère juridique.
1758. — Conséquences de cette doctrine. — Est-ce à l'acquéreur à prouver, et peut-il prouver que l'acte a été souscrit avant la maladie et à sa date?
1759. — Conditions exigées pour que la nullité puisse être prononcée.
1760. — L'article 1795 est-il applicable au cas où la rente a été consentie en faveur de deux ou de plusieurs personnes?
1761. — Que doit-on statuer lorsque, de plusieurs crédirentiers, les uns sont morts dans les vingt jours de la maladie dont ils étaient atteints au jour de la vente, et que les autres ont survécu?
1762. — La rente viagère constituée à titre onéreux est saisissable et cessible.
1763. — Effets de l'admission de l'action des créanciers contre une vente quelconque.
1764. — Peuvent-ils revendiquer l'immeuble revendu par le complice de la fraude du débiteur?
1765. — Fraudes dont la vente de droits successifs peut devenir l'occasion.
1766. — L'opposition à la levée des scellés, faite avant la vente, la rendrait sans effet contre les créanciers opposants.
1767. — Mais le créancier qui ne s'est pas opposé ne perd pas le droit de l'attaquer en vertu de l'article 1167.
1768. — Présomptions tirées de l'exagération du prix.
1769. — Autre motif que peut avoir cette exagération. — Ses conséquences par rapport au retrait successoral.
1770. — Par qui doit être établi le juste prix, lorsqu'il est impossible de préciser celui qui a été réellement payé et reçu?
1771. — Arrêt de la cour de Paris qui en confie l'appréciation au juge saisi de l'action en retrait. — Sagesse de sa doctrine.
1772. — Conséquences de l'obligation du retrayant de restituer le prix réel, à l'endroit des droits d'enregistrement, des frais et honoraires personnels au cessionnaire.
1773. — La demande en retrait doit-elle être précédée ou accompagnée de l'offre réelle de restituer le prix?
1774. — Influence de la dénonciation de l'intention d'exercer le retrait sur les actes ultérieurs du cédant et du cessionnaire.
1775. — Le cessionnaire évincé par le retrait n'a aucune garantie à exercer contre le cédant.
1776. — Arrêt de la cour de cassation qui prohibe toute stipulation contraire.
1777. — Application des principes de la matière à la donation dissimulant une vente.
1778. — A la vente qu'on soutiendra n'être qu'une donation déguisée.
1779. — Effets de la ratification imputée au retrayant. — Caractères qu'elle devrait avoir.
1780. — L'action en retrait est irrévocable après l'accomplissement du partage. — *Quid* si le partage contradictoirement fait avec le cessionnaire vient à être rescindé?
1781. — L'article 1699 fait pour les droits litigieux ce que l'article 841 fait pour les droits successifs. — Motifs du premier.
1782. — Système qui avait été suivi par le droit romain sur les caractères de la vente.
1783. — Admis par notre article 1699.
1784. — Difficulté que peut faire naître la question de savoir s'il y a vente ou donation.
1785. — Droit du retrayant de soutenir que le prix indiqué n'est pas sincère.
1786. — Le droit au retrait est absolu. — Il peut être exercé pour la première fois en cause d'appel.
1787. — Arrêt de la cour de cassation restreignant cette faculté au débiteur, à ses représentants légaux, et la refusant aux créanciers. — Critique.
1788. — La décision du procès empêche tout retrait ultérieur. — Conséquences. — Nécessité d'opter. — Irrecevabilité du retrait demandé par conclusions subsidiaires et en cas de succombance.
1789. — Exception que cette règle comporte dans l'hypothèse où la cession a été cachée à la partie intéressée.
1790. — Caractère et motifs des exceptions que l'article 1701 consacre à la disposition de l'article 1699.
1791. — Faut-il restreindre celle relative au cohéritier aux cessions obtenues du cohéritier et à l'endroit des actions héréditaires?
1792. — Prohibitions spéciales en matière de droits litigieux créée par l'article 1597.
1793. — Effet de sa violation. — Difficulté sur l'application des règles relatives à l'interposition de personne.
1794. — La nullité de la cession faite à l'incapable profite surtout au débiteur cédé.
1795. — Aucune garantie ne peut être poursuivie contre le cédant.
1796. — L'acquéreur d'un office qui a dissimulé le prix peut-il être poursuivi en dommages-intérêts par les créanciers du vendeur, en fraude desquels cette dissimulation a été pratiquée?
1797. — Caractère légal et juridique de l'affirmative.
1798. — Son efficacité sur la répression de l'abus qu'on veut proscrire.
1799. — L'action des créanciers ne peut tendre qu'à la réparation pécuniaire du préjudice.
1800. — La complicité de l'acheteur peut être établie par témoins et par présomptions.
1801. — Responsabilité de celui-ci, en cas de fausse déclaration sur la saisie-arrêt entre ses mains.
1802. — Les payements partiels reçus par le vendeur, et les cessions qu'il a faites du prix, avant l'approbation du gouvernement, sont-ils valables?
1803. — Arrêts des cours de Paris et d'Angers admettant la négative.
1804. — Arrêt, en sens contraire, de la cour d'Aix. — Est plus juridique. — Motifs sur lesquels il se fonde.
1805. — A été sanctionné par la cour de cassation.
1806. — Les quittances justifiant les payements sont-elles opposables aux créanciers, alors même qu'étant sous seing privé, elles n'ont pas acquis date certaine.

1735. — Les actes d'obligation et de vente sont les agents les plus actifs, les auxiliaires les plus usuels de la fraude contre les tiers. Sans cesse à la disposition du débiteur, ils se prêtent merveilleusement à dissimuler l'actif qu'il a le projet de soustraire aux exécutions des créanciers, réduits bien souvent à soupçonner la fraude sans pouvoir la prouver. La facilité de cette fraude, ses chances de succès expliquent le fréquent recours dont elle est l'objet de la part des débiteurs de mauvaise foi.

1736. — C'est surtout en matière commerciale que sa perpétration est dans le cas d'entraîner des effets désastreux. Ceux qui traitent avec un commerçant considèrent son crédit bien plutôt que sa fortune réelle. Les transactions commerciales excluent, le plus souvent, toute affectation hypothécaire, dont la forme et les lenteurs sont peu compatibles avec la rapidité qu'elles exigent, de manière que les immeubles du débiteur demeurent habituellement libres entre ses mains, qu'ils peuvent être, dès lors, aliénés sans obstacle dès que le besoin s'en fait sentir. Or, ce qui résulte de cette aliénation, c'est que la valeur la plus claire, la plus nette de l'actif se trouve irrévocablement perdue pour les créanciers au moment où, la faillite se réalisant, ils seraient dans le cas d'en poursuivre la liquidation pour le payement de ce qui leur est dû; c'est que cette même valeur, si l'aliénation est simulée, se trouve à la disposition réelle du débiteur et lui fournit le moyen de braver ses créanciers, de leur imposer la loi.

1737. — Cet inconvénient si grave, poussé jusqu'au scandale sous l'empire de la loi ancienne, avait éveillé la sollicitude des auteurs du Code de commerce et leur avait dicté les dispositions relativement aux actes souscrits dans un temps contemporain ou voisin de la faillite. Mais ce remède, quelque énergique qu'il soit, peut être rendu inefficace par la mauvaise foi. En effet, un commerçant, dont le crédit n'a encore subi aucune atteinte apparente, ne peut pas ignorer sa véritable situation, et elle peut être telle, qu'elle lui fasse entrevoir une faillite plus ou moins imminente. C'est ce moment que la fraude exploitera, car celui qui veut tromper n'hésitera pas à le faire d'une manière utile; non-seulement il aliènera les biens qu'il veut soustraire lorsqu'il sera encore en plein crédit, mais il saura, au prix même de quelques sacrifices, retarder sa chute pour qu'on ne puisse atteindre les actes simulés sous le rapport que nous indiquons.

La simulation de dettes entraîne, de son côté, un résultat non moins fâcheux, non moins dangereux pour les créanciers sincères; elle introduit, dans la faillite, un élément qui en dénature le caractère, qui en fausse les opérations. Indépendamment de la nécessité d'établir la répartition sur une base plus étendue, on comprend que les créanciers de complaisance n'hésiteront pas à accueillir les propositions du failli, et que, voté par eux, le concordat, auquel ils auront assuré la majorité requise, imposera d'énormes sacrifices aux créanciers sérieux, obligés d'en subir les effets.

Cette double éventualité a, de tout temps, excité les plus vives, les plus incessantes réclamations, mais l'abus ne s'en est pas moins perpétué. Il n'est peut-être pas de faillite dans laquelle il ne s'exerce sur une échelle plus ou moins large. Hâtons-nous de le dire, cependant, le reproche ne peut s'adresser au législateur; ce n'est pas la loi qui a manqué aux hommes, ce sont les hommes qui ont manqué à la loi.

En effet, le Code de 1807 s'était armé de toute sa sévérité contre l'un et l'autre de ces actes. Ainsi, l'article 593 déclarait banqueroutier frauduleux celui qui avait fait des ventes, des négociations ou donations simulées; celui qui avait supposé des dettes passives et collusoires entre lui et des créanciers fictifs, en faisant des écritures simulées ou en se constituant débiteur, sans cause ni valeur, par des actes publics ou par des engagements sous signature privée.

L'article 597 punissait, comme complices de la banqueroute frauduleuse, ceux qui s'étaient entendus avec le failli pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles, ou qui avaient acquis sur lui des créances fausses et qui, à la vérification et affirmation de leurs créances, avaient persévéré à les faire valoir comme sincères et véritables.

La peine édictée contre la banqueroute frauduleuse était celle des travaux forcés à temps. L'application énergique de la loi était donc dans le cas sinon d'anéantir complétement l'abus, au moins de l'atténuer sensiblement. L'étrange complaisance que le failli a toujours rencontrée chez ses créanciers eux-mêmes a seule empêché ce résultat.

Malheureusement le Code de commerce laissait la masse de la faillite tenue des frais de poursuite dans le cas de condamnation. Cette obligation onéreuse avait entraîné cette double conséquence que non-seulement les créanciers ne prenaient pas l'initiative des poursuites, mais encore que lorsque le ministère public les exerçait d'office, tous leurs efforts, conformes à leurs

vœux, à leurs intérêts, tendaient à l'acquittement de l'accusé.

1738. — La loi de 1838 a fait disparaître ce motif en décidant qu'en cas de condamnation, les frais ne pourraient être répétés contre la masse. De plus, et sous son empire, la banqueroute frauduleuse, dont la loi ancienne énumérait les faits constitutifs, énumération que la doctrine et la jurisprudence considéraient comme limitative et restrictive, existe par cela seul que le failli a soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou qu'il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan.

Quel que soit donc le moyen employé, la culpabilité est la conséquence immédiate de l'existence d'un des faits indiqués. Le législateur a donc dégagé la poursuite des obstacles qui venaient l'entraver sous l'empire du Code. Obtiendra-t-il le résultat qu'il s'est proposé? Il est permis, malheureusement, d'en douter. On ne change pas facilement les habitudes invétérées, et l'indulgence des créanciers en matière de faillite est de nature à condamner la loi nouvelle à n'être que ce que le Code de commerce a toujours été, une menace à peu près vaine.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux qu'en matière commerciale la simulation de dettes sans cause ni valeur réelle et la vente mensongère d'un immeuble prennent, dans le cas de faillite, le caractère de crimes. Le droit des parties intéressées d'en poursuivre la répression par la voie civile ou criminelle ne saurait devenir l'objet d'un doute. La preuve du véritable caractère de l'acte ferait exclure le créancier supposé de toute répartition et rentrer à la masse les immeubles prétendus aliénés. Indépendamment de la peine encourue par le failli et son complice, ce dernier pourrait, de plus, être condamné à des dommages-intérêts.

1739. — Ce que la masse, représentée par les syndics, peut faire, chaque créancier peut personnellement l'accomplir. Mais, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, le résultat est le même. Ainsi, la nullité de l'obligation ou de la vente, obtenue par un créancier seul, profite à la masse et non à ce créancier personnellement. Quant aux dommages-intérêts auxquels le complice peut être condamné, le créancier poursuivant a droit de les obtenir. C'est là le juste équivalent des frais auxquels il s'expose par une poursuite devant laquelle la masse a mal à propos reculé [1].

1740. — La déconfiture civile laisse à la simulation, ayant pour objet d'accroître le passif ou de diminuer l'actif, le caractère d'une simple fraude. Elle se trouve donc régie par les règles ordinaires de la matière. Dirigée essentiellement contre les créanciers, chacun d'eux a, incontestablement, qualité pour en poursuivre la répression et droit de l'obtenir en prouvant : ou que la somme prétendue reçue par le débiteur n'a jamais été comptée par le porteur de l'obligation, ou que la vente n'a jamais eu de prix réel. Nous avons déjà dit que cette preuve peut être faite tant par titres que par témoins et par présomptions.

1741. — L'unique difficulté que puisse soulever l'action des créanciers, est celle qui naîtrait de la date de leurs titres. En thèse ordinaire, l'action de l'article 1167 n'est ouverte que pour les actes faits en fraude des droits de celui qui prétend l'exercer. Dès lors, si le titre de celui-ci est postérieur à l'acte attaqué, le porteur de ce dernier pourra exciper de cette circonstance comme créant une fin de non-recevoir contre la demande.

Nous nous sommes déjà occupés de cette difficulté, ce qui nous permet de nous en tenir à rappeler la conclusion à laquelle nous sommes arrivés. La fin de non-recevoir devra être accueillie, lorsque l'acte attaqué par le créancier est une aliénation; on la repoussera, lorsque, s'agissant d'une obligation, c'est dans la distribution de l'actif du débiteur que la contestation sur sa validité se trouve engagée [2].

1742. — Cette conclusion a son fondement juridique dans cette raison décisive que la vente, par la publicité qu'elle reçoit, par les formalités qu'elle exige, par le transfert effectif de la propriété qu'elle opère, ne peut être présumée faite au préjudice ou en fraude des créanciers futurs. Cela est surtout vrai lorsque, régulièrement transcrite, elle a été effectivement exécutée par le désinvestissement matériel du vendeur. Comment donc les créanciers postérieurs pourraient-ils en contester l'effet, alors même que cette vente n'aurait aucun prix sérieux et réel? Mais, avant de devenir leur débiteur, le propriétaire pouvait donner son bien sans que personne y trouvât à redire; il pouvait donc faire indirectement ce qu'il lui était permis d'accomplir di-

[1] Voy. notre *Traité des faillites*, art. 601, nos 1304 et 1305.

[2] Voy. *suprà*, nos 1419 et suiv.

rectement. L'acte serait inattaquable sous tout autre rapport que celui que nous signale le droit romain : *Si alienationi subsit fraus futuri creditoris.*

C'est précisément cette fraude que la loi présume lorsqu'il s'agit d'une obligation simulée. Cette obligation peut n'être, en effet, qu'une précaution contre des revers ultérieurs de fortune et pour s'assurer une ressource, le cas de déconfiture se réalisant. Que cette présomption ne suffise pas pour déterminer la nullité absolue de l'acte, cela est juste ; mais il serait par trop rigoureux de ne pas lui donner pour effet la faculté, pour les ayants droit, de prouver que telle a été réellement l'intention des parties contractantes.

Ainsi, que la question s'agite pour une créance hypothécaire et dans un ordre ; qu'elle naisse entre créanciers chirographaires dans une distribution par contribution, l'intérêt évident que chaque créancier a à n'admettre, dans l'un ou dans l'autre, que les porteurs de droits sérieux et légitimes, motive légalement son action pour faire repousser telle ou telle créance. Il pourrait, quelle que soit la date de son titre, exciper du payement ayant éteint la créance qu'il conteste. Pourquoi donc l'empêcherait-on de soutenir que cette créance n'a jamais existé ?

La recevabilité de l'action ainsi justifiée, son bien fondé dépend de la preuve administrée par le demandeur. Son efficacité, nous l'avons déjà dit, est exclusivement abandonnée à la prudence et aux lumières du juge. Ce que nous devons rappeler, c'est qu'elle doit, dans les aliénations à titre onéreux, démontrer non-seulement la fraude du vendeur, mais encore celle de l'acheteur. Il n'en est pas de même pour les obligations. La complicité du bénéficiaire est une conséquence forcée de leur simulation. Celui qui consent à paraître créancier, sans l'être réellement, ne saurait être admis à invoquer la bonne foi.

1743. — La vente à rente viagère et à fonds perdu est préjudiciable aux héritiers du vendeur, en ce sens qu'en faisant disparaître la chose, elle n'en fait pas entrer l'équivalent dans l'actif qu'il délaissera plus tard. La chance aléatoire qui caractérise cette vente peut avoir pour conséquence que le payement d'un trimestre de la rente peut suffire pour acquérir définitivement l'objet vendu, le décès du crédirentier venant tout à coup libérer l'acheteur de toute charge ultérieure.

D'autre part, il est évident que la vente à fonds perdu est un avantage précieux pour le vendeur. Par sa réalisation, il se procure un surcroît de revenu que ses besoins peuvent rendre indispensable. Cette seule considération commandait à la loi de l'autoriser. Il est naturel et juste qu'une personne songe à elle-même avant de s'occuper de ses héritiers. Ce n'est pas là de l'égoïsme, c'est de la charité bien entendue.

La vente à fonds perdu moyennant une rente viagère est donc licite, à condition toutefois qu'elle réunisse les qualités essentielles qui lui sont prescrites.

1744. — Au nombre et en tête de ces qualités, se place naturellement l'existence d'un risque sérieux et réel. Il faut de toute nécessité que l'acheteur, pouvant acquérir le fonds dans un très-court espace de temps, soit exposé à payer plus que la valeur réelle, si la vie du crédirentier se prolonge assez pour cela. S'il en était autrement, si l'acheteur n'avait d'autre chance à courir que celle de réaliser un bénéfice plus ou moins considérable, sans aucune éventualité de perte, il n'existerait pas de vente, point de contrat commutatif. Devrait-on dès lors annuler la convention ?

1745. — Cette question est surtout née dans les hypothèses où la vente avait été consentie moyennant une rente viagère inférieure ou à peine égale aux revenus des biens vendus. La solution qu'elle a reçue n'a pas été uniforme dans tous les cas. La vente, maintenue dans un, a été annulée dans l'autre, et les divers arrêts, successivement déférés à la cour suprême, ont été sanctionnés constamment par elle.

Faut-il, à l'exemple de Troplong, accuser la cour de cassation de versatilité et lui en faire un reproche ? Y a-t-il réellement contradiction entre ces divers arrêts ? La solution ne peut être douteuse en présence des vrais principes de la matière.

Ainsi tout le monde convient, et Troplong notamment enseigne que la vente doit avoir un prix sérieux et certain ; mais le prix, quelque vil qu'on le suppose, n'en existe pas moins. Dès lors on arrive à cette double conséquence : 1° l'absence de prix enlève à l'acte tout caractère commutatif, il doit donc être annulé en tant que vente ; 2° la vileté du prix ne fait pas que l'acte ne soit une vente réelle, elle peut seulement en amener la rescision, si la lésion en résultant atteint les proportions indiquées par l'article 1674 du Code civil.

Cette différence juridique explique celle que nous signalions dans la jurisprudence. Dans chaque espèce, les magistrats ont recherché si la vente avait ou non un prix. Ils ont accueilli la nullité lorsqu'ils ont trouvé qu'il n'y en avait aucun ; ils l'ont repoussée dans l'hypothèse con-

traire, quelle que fût d'ailleurs la vileté reprochable à celui que les parties avaient stipulé.

Cette appréciation toute de fait liait la cour de cassation. En supposant même que l'appréciation des cours d'appel fût erronée, elle n'avait pas à exercer le droit qui lui appartient dans le cas où la loi a été violée ou méconnue.

Troplong semble en convenir lui-même puisque, enseignant la nullité de la vente qui n'a pas de prix, il repousse cet effet, lorsque le prix est seulement entaché de vileté. Ce qu'il reproche à la jurisprudence, c'est de convertir en question de fait ce qui lui paraît une pure question de droit. La vente à rente viagère, dit-il, a réellement un prix dès qu'il y a une rente stipulée. Un prix peut être plus ou moins vil, mais on ne saurait dans aucun cas en méconnaître l'existence.

Cette objection n'a de fondement ni en droit, ni en fait. Le prix, par rapport à l'acheteur, n'existe qu'en tant qu'il aura à le fournir de ses propres ressources, que lorsque son acquittement lui imposera un sacrifice quelconque. Si je vends un immeuble 10,000 fr. et qu'avec l'immeuble je donne une somme pareille avec laquelle l'acheteur me payera immédiatement ou plus tard, dira-t-on que la vente a un prix réel et sérieux? C'est cependant ce qui se réalise dans la vente à fonds perdu, lorsque la rente stipulée est inférieure ou à peine égale au revenu des choses en faisant la matière. Le vendeur donne évidemment la chose et le prix; l'acheteur, loin de puiser dans ses propres ressources, trouve dans la chose qu'il acquiert non-seulement le moyen de s'acquitter, mais encore l'occasion de réaliser un bénéfice. Un acte produisant un pareil résultat n'a jamais été, n'a jamais pu être considéré comme une vente.

« Mais qu'importe, ajoute Troplong, que l'a-
« cheteur ne débourse rien du sien! Est-ce que
« la vente ne transporte pas, par sa propre
« énergie, la propriété sur sa tête? Dès lors, s'il
« paye avec la chose acquise, il paye réellement
« avec sa propre chose. Supposez en effet l'hypo-
« thèse suivante : J'achète pour 100,000 fr. un
« immeuble qui en vaut 105,000; n'ayant pas
« d'argent pour payer, je revends en détail et
« je retire 115,000 fr.; ou bien j'achète une
« forêt 30,000 fr., j'obtiens permission de la
« défricher, et la vente que je fais de la super-
« ficie me permet de payer la totalité de mon
« prix. Dans ces deux hypothèses, j'ai payé avec
« la chose acquise; faudra-t-il, à cause de cela,
« annuler l'acte qui m'en a transféré la pro-
« priété, comme ne renfermant aucun prix? »

On s'étonne qu'une si vaste intelligence n'ait pas été saisie de l'énorme différence qui sépare ces hypothèses de celle que nous examinons. Dans l'une comme dans l'autre, l'existence d'un juste prix ne saurait même être contestée, le vendeur qui le reçoit a donc l'équivalent de ce qu'il donne, et il n'a nullement à s'enquérir de la manière dont l'acheteur se l'est procuré. De son côté, celui-ci se trouvera, après avoir liquidé son opération, en possession du bénéfice qu'il aura pu réaliser, mais il aura perdu la chose en totalité ou en partie.

Peut-on confondre une opération de cette nature avec la vente à fonds perdu, moyennant une rente inférieure au revenu des biens vendus? Ce que reçoit le vendeur n'est pas même ce qu'il percevrait, s'il les avait retenus. L'acheteur ne déboursera pas un centime, il conservera la possession de ce qu'il reçoit, et il trouvera dans cette possession non-seulement le moyen de payer le prix, mais encore celui de réaliser annuellement un bénéfice. Il est donc impossible d'admettre l'assimilation que fait Troplong.

On comprend qu'un individu vende un immeuble qu'il convertira ainsi en une somme d'argent destinée soit à solder ses engagements, soit à lui procurer, par la perception de l'intérêt légal, un revenu supérieur à celui que lui donnait l'immeuble. On comprend encore que pour augmenter ce revenu, et le mettre en proportion plus juste avec ses besoins, il consente à laisser le capital aux mains de l'acquéreur, et à se contenter d'une rente subordonnée à son décès. Mais peut-on reconnaître l'existence d'un pareil contrat, lorsque, comme dans l'hypothèse, le prétendu vendeur aura, après s'être dépouillé de sa propriété, un revenu inférieur, ou tout au moins à peine égal à celui que lui produisait celle-ci? Où se trouve la chance aléatoire si essentielle au contrat de vente à rente viagère? Où est le danger en contemplation duquel la loi permet à l'acheteur d'acquérir le fonds?

Pour nous, il n'y a pas à hésiter. Ce qui nous paraît être de droit commun, c'est la proposition inverse de celle indiquée par Troplong. Ainsi, la vente à fonds perdu, moyennant une rente inférieure au revenu des biens, doit être considérée comme n'ayant pas de prix. Le droit d'apprécier si ce défaut n'est pas racheté par d'autres circonstances, par d'autres prestations auxquelles l'acheteur s'est soumis, ne saurait être contesté aux tribunaux. Dès lors, la nullité ou la validité de la vente, nécessairement subordonnée au résultat de cette appréciation, n'est plus évidemment qu'une pure question de fait. Le reproche

que Troplong adresse à la jurisprudence est donc inadmissible [1].

1746. — Si, indépendamment de la rente viagère, l'acheteur a réellement payé une partie quelconque du prix stipulé, la vente se trouve avoir un prix certain, quelque minime que soit cette somme. La demande en nullité pour absence de prix devrait dès lors être écartée, il y aurait lieu dans ce cas à appliquer la règle enseignée par Troplong, à savoir : que la vileté du prix ne peut jamais donner naissance qu'à l'action en rescision, autorisée par l'article 1674.

1747. — L'applicabilité de cet article à la vente à fonds perdu et à rente viagère a été contestée. L'article 1976, a-t-on dit, laissant les parties entièrement libres à l'égard du taux de la rente, exclut par cela même toute possibilité de lésion, mais le contraire a paru plus juridique. Ainsi Troplong n'hésite pas à admettre l'action en rescision pour cause de lésion, lorsque la rente stipulée est inférieure au revenu des biens.

Dans une espèce jugée par la cour de Toulouse, on demandait la rescision d'une vente à fonds perdu, sur le motif que la rente viagère égalait à peine la moitié du revenu des biens qui en faisaient l'objet. L'arrêt qui intervint repoussa la demande pour inapplicabilité de l'article 1674. Mais, déféré à la cour régulatrice, cet arrêt fut cassé par décision du 22 février 1836.

L'arrêtiste, en rapportant cette décision, fait remarquer qu'elle ne fut rendue qu'après un délibéré de près d'un mois. Cette mûre délibération et l'examen approfondi dont elle donne la certitude impriment à l'arrêt de la cour de cassation une autorité considérable. Or, le principe qui y est enseigné est celui-ci : dès que la rente viagère est constituée à la suite d'une aliénation d'immeubles, les règles de celle-ci deviennent de tout point applicables, elle ne saurait dès lors échapper à la disposition de l'article 1674.

1748. — En résumé donc, la loi n'a nullement entendu soustraire la vente à fonds perdu aux règles générales de la vente. Il faut en conséquence qu'elle en réunisse la condition la plus essentielle, à savoir : un prix sérieux et juste.

L'absence du prix annule le contrat, sa vileté en détermine la rescision, lorsqu'il en résulte une lésion de la nature de celle prévue par l'article 1674.

La rente viagère, inférieure au revenu des biens vendus, ne constitue pas un prix réel, mais ce défaut de prix n'existe qu'en tant que l'acquéreur n'a aucune autre charge à subir, et n'a surtout rien à payer sur le prix stipulé.

1749. — En définitive, la question de savoir s'il existe un prix, et, dans le cas de l'affirmative, si ce prix est sérieux ou non, n'offre qu'une appréciation de fait que la loi laisse à l'arbitrage souverain des deux degrés de juridiction. La solution peut être un mal jugé, mais elle ne donne pas ouverture à la cassation.

Le caractère de cette appréciation l'affranchit nécessairement de toute règle absolue. Cependant ce qu'il importe de ne pas perdre de vue, c'est qu'elle ne saurait être équitable et juste qu'en remontant à la date même du contrat et en se plaçant ainsi au point de vue qui a dû préoccuper les parties. Ainsi l'augmentation du revenu, résultant des réparations ou améliorations faites par l'acquéreur, du bénéfice du temps, ou de toutes autres circonstances imprévues ou accidentelles, ne saurait être d'aucune considération. Un fait qui, naguère, se réalisait à Marseille, peut donner une idée de ce que peuvent être celles-ci. La création de nouveaux quartiers ayant appelé la spéculation sur les terrains à bâtir, des propriétés qu'on n'aurait qu'à grand'peine vendues cinq à six cents francs ont été payées jusqu'à 100,000 fr.

C'est là, on le comprend, une nouvelle chance aléatoire dont la réalisation doit demeurer sans influence sur la validité de la vente à fonds perdu. Exposé à subir la moins-value postérieure au contrat, l'acheteur profitera exclusivement de la plus-value que la propriété acquiert dans ses mains.

1750. — Du principe que la vente à fonds perdu doit offrir un risque certain, une chance sérieuse de gain ou de perte, découlent les deux règles suivantes :

1° Tout contrat de rente viagère, créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

Cette prescription est absolue, il importerait donc peu que les contractants eussent agi avec la plus évidente bonne foi, et dans l'ignorance la plus absolue du décès du futur crédirentier. Le fait matériel de ce décès enlève tout aliment à la convention, toute cause légitime à l'obligation. Il n'y avait donc pas de contrat possible. Fruit de l'erreur, celui qui est intervenu ne

[1] *Vid.* Troplong, *Vente*, n° 150; Duvergier, *Vente*, t. XVI, n° 149; cass., 2 juillet 1806, 1er avril 1829, 28 décembre 1831 et 23 juin 1841 ; D. P., 41, 1, 294.

Voy. encore Dalloz, *Dict. général*, et *Rép. du* J. D. P., aux mots : *Vente à rente viagère*.

saurait être consacré, sans violer ouvertement l'article 1109 du Code civil.

1751. — Ce principe, comme l'observe Troplong, ne reçoit qu'une seule exception. Ainsi, en matière d'assurances maritimes, le risque, pris sur un navire naufragé, ou arrivé à bon port avant même la signature de la police, engage valablement les parties, si chacune d'elles a ignoré et pu ignorer l'événement, mais cette dérogation au droit commun s'explique par la nature même de l'assurance maritime.

Son objet n'est pas de garantir seulement l'avenir, mais encore le passé : *Cum quia suscepta de omni periculo, etiam præterito, quodque forte jam contingit... Maxime quando periculum quod suscipitur est diuturni temporis et remoti itineris* [1], il ne pouvait même en être autrement. L'assurance, devant dans plusieurs cas se réaliser à une très-grande distance du point de départ du navire, objet ou porteur du risque, ne peut être souscrite qu'après le départ du navire pour le lieu de sa destination; cependant l'assurance est prise de la sortie d'un port à l'arrivée dans tel autre. Il suffit qu'il y ait eu réellement voyage effectué pour que le risque commence avec le voyage même et que l'assureur réponde du sinistre réalisé avant la souscription du contrat, tout comme il profiterait de l'heureuse arrivée accomplie avant cette époque.

Il n'y a pas d'ailleurs ici d'erreur possible. Ce que l'assuré veut, c'est d'être garanti pour tout le voyage. Ce que l'assureur accorde, c'est cette même garantie. La prime se calcule dans cette prévision, et le contrat ne laisse pas que d'être aléatoire si l'événement, quoique réalisé, est complétement ignoré des parties.

Il ne saurait en être de même en matière de vente à rente viagère. Ce qui fait l'élément essentiel de ce contrat, c'est la vie plus ou moins longue du crédirentier désigné. Or, si, à l'époque de la souscription, ce crédirentier n'existe plus, il n'y a plus aucune cause à la convention. Il doit donc en être de ce cas, comme de celui d'une assurance contre l'incendie, pour une maison qui aurait péri par cas fortuit, ou de celle contractée sur marchandises non chargées, ou sur un navire qui n'aurait jamais quitté le port. Le contrat serait annulé pour défaut absolu d'un risque quelconque.

1752. — 2° Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de l'acte constitutif.

Devant cette prescription textuelle de l'article 1975, toute possibilité de controverse disparaît et s'efface. Il importe cependant d'en rappeler les motifs pour en apprécier sainement les conséquences.

« Si les contractants, disait Portalis, eussent « connu la maladie de la personne sur la tête de « laquelle on se proposait d'acquérir la rente, « l'acquisition n'eût pas été faite, puisqu'une « rente viagère sur la tête d'une personne mou- « rante n'est d'aucune valeur. Or, il n'y a point « de consentement quand il y a erreur ou sur « la chose, ou sur les qualités essentielles de la « chose qui forme la matière du contrat. »

Ainsi, la loi présuppose l'ignorance des parties, et cela tranche nettement la difficulté que la certitude de cette ignorance aurait fait naître. On pouvait, en effet, se fondant sur la bonne foi, en exciper pour assurer le maintien de l'acte. Cette prétention est désormais impossible. Ce qui résulte juridiquement de l'état de maladie, terminée par la mort dans les vingt jours de la constatation de la rente viagère, c'est l'absence d'un objet formant la matière de l'engagement, et par suite d'une des conditions essentielles à tout contrat. Cet objet est pour la rente viagère un risque sérieux et certain, et ce risque manque non-seulement de ce caractère, mais n'existe même pas lorsqu'il se réfère à un mourant. On devait donc légalement se préoccuper fort peu de la question de savoir si les parties avaient ou non ignoré cet état des choses. L'ignorance les constituera en bonne foi, mais elle ne pourrait jamais faire que la matière du contrat existât, alors qu'en fait elle manque absolument [2].

1753. — Au reste, toute difficulté à cet égard ne peut naître que dans l'hypothèse d'une rente viagère constituée sur la tête d'un tiers demeuré étranger au contrat. De là on a voulu conclure que la nullité de l'article 1975 ne pouvait être appliquée aux parties elles-mêmes. Le malade traitant directement, a-t-on dit, n'a pu ignorer son état, conséquemment on doit le considérer comme ayant voulu, au besoin, consentir une libéralité. Dès lors aussi, l'acte annulé comme vente doit être maintenu comme donation déguisée.

La doctrine et la jurisprudence ont dès longtemps proscrit ce système. L'absence d'un risque certain enlève au contrat son élément le plus substantiel. Et cette règle, que nous venons de voir s'appliquer lorsque les parties ont ignoré

[1] Perezius, *in Cod.*, l. 11, t. V, n° 23.

[2] *Vid.* Troplong, sur l'art. 1975; Delvincourt, t. II, p. 272, note 6.

l'état de maladie du crédirentier, doit *a fortiori* régir celles qui ont parfaitement connu cet état. Celui qui traite avec un moribond consent à jouer à coup sûr. Il exploite odieusement une inégalité de chances sur laquelle il n'a pu se faire illusion, et en vue de laquelle il n'hésitera pas à s'imposer des charges tellement avantageuses pour le crédirentier, que la chance d'en profiter, quelque faible qu'elle fût, peut avoir déterminé la conduite de celui-ci.

Convertir une vente de ce genre en une donation déguisée, c'était effacer de notre Code l'article 1975; c'était fermer les yeux à l'évidence et méconnaître la pensée réelle du vendeur. Celui qui étant libre de donner à charge d'une rente viagère a préféré vendre à ce titre, a suffisamment prouvé qu'il n'a pas eu l'intention de se montrer libéral, intention sans laquelle il ne saurait exister de donation. N'est-ce pas d'ailleurs parce que l'idée de donner lui répugnait, que le créancier n'a voulu consentir qu'une vente? Et l'acheteur lui-même ne serait-il pas réduit à accepter celle-ci que parce que, malgré tous ses efforts, il n'a pas réussi à arracher une libéralité qu'il a peut-être longtemps poursuivie? C'est cette double éventualité que l'article 1975 a pour but de prévenir.

Ce qu'il faut donc admettre dans notre hypothèse, c'est que, bercé de cette espérance inséparable de notre faiblesse, le malade s'est fait illusion sur son état; qu'il a cru survivre à la maladie, et que dans cet espoir, loin de vouloir faire une libéralité, il a saisi l'occasion d'améliorer l'avenir qu'il se promettait. On comprend, en effet, qu'on ne marchandera pas ses exigences, et que ses désirs sur la quotité de la rente ne trouveront pas un contradicteur sérieux chez celui qui a d'avance la certitude de ne pas la supporter longtemps. Dès lors son consentement est vicié par l'erreur, et il serait aussi immoral qu'injuste de permettre qu'il pût produire un effet quelconque.

C'est ce qu'enseigne Troplong. C'est ce que la cour de cassation a consacré dans plusieurs circonstances, et notamment par arrêt du 16 juillet 1824.

L'espèce sur laquelle cet arrêt est intervenu offrait cette particularité remarquable que l'aliénation à rente viagère avait été confirmée par un testament postérieur, dans lequel le crédirentier déclarait *instituer au besoin les acquéreurs ses légataires universels*. Mais ce testament lui-même, considéré comme la ratification d'un acte radicalement nul aux yeux de la loi, ne parvint pas à faire illusion à la justice et à sauver la disposition à l'aide de laquelle le dol et la fraude l'avaient appelé.

1754.— Le même arrêt, décidant que l'article 1975 reçoit son application aux parties contractantes comme au tiers en faveur duquel la rente viagère aurait été stipulée, affecte à sa disposition un caractère qu'il ne faut pas négliger. Il juge, en effet, que, conçu en termes absolus et impératifs, il ne saurait être permis aux parties de déroger à ses prescriptions et d'en paralyser les effets; en d'autres termes, qu'il est d'ordre public. La conclusion juridique qu'en tire Dalloz, c'est que les parties ne pourraient renoncer à se prévaloir de la nullité qu'il consacre.

« Il y a là, dit cet éminent jurisconsulte, une présomption qui n'admet pas de preuve contraire, et qui a pour objet d'empêcher qu'au moyen d'un contrat aléatoire, dans lequel le créancier pourrait entrevoir quelque équivalent, il ne se déterminât à une donation qu'il n'aurait pas consentie sans cette considération. Dans le cas le plus ordinaire où la rente est établie sur la tête même du constituant, sa déclaration de vouloir valider le contrat, s'il vient à mourir dans les vingt jours, n'est pas une preuve non équivoque de sa volonté de faire une donation au lieu d'un contrat aléatoire, car, en stipulant ainsi, le constituant n'agissait qu'avec ce sentiment intérieur qui rattache l'homme à la vie, et qui lui fait croire, jusqu'au dernier moment, qu'il n'arrive pas encore au terme de sa carrière [1]. »

Si l'existence d'une déclaration de cette nature n'imprime pas à l'acte le caractère de libéralité pouvant le faire maintenir comme donation déguisée, il est évident que la question de ce maintien, soulevée en l'absence de toute déclaration, ne saurait être douteuse. L'arrêt de la cour de cassation et l'opinion de Dalloz créent, en faveur de cette dernière hypothèse, un *a fortiori* incontestable.

1755. — Donc l'article 1795 est d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger. L'acte qui se proposerait ce but directement ou indirectement doit dès lors être annulé. Or, en matière de vente à rente viagère, la fraude est facile. En effet, elle peut être consentie par acte sous seing privé, et rien n'est plus facile que de recourir à une antidate, surtout lorsque, déjà atteint de maladie, le vendeur est exposé à décéder dans les vingt jours. Il suffira que cette crainte puisse être conçue pour que l'acheteur exige et donne à l'acte une date qui le place à l'abri de la disposition de l'article 1795.

[1] T. X, p. 474, n° 14.

L'effet de cette fraude était d'autant plus à redouter qu'il menaçait d'être plus efficace. La vente ne peut être attaquée que par les héritiers du vendeur ou soit ses ayants cause. Or, l'article 1322 déclare que l'acte sous seing privé fait foi de sa date, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore contre leurs héritiers et ayants cause, et l'article 1328 n'exige l'accomplissement des conditions devant assurer la certitude de la date qu'en ce qui concerne les tiers.

L'application de ces dispositions aux héritiers poursuivant, aux termes de l'article 1975, la nullité de la vente à rente viagère, créait donc contre leur demande une fin de non-recevoir invincible. On a été dès lors tout naturellement amené à se demander si cette application était juridiquement admissible.

1756. — La cour de cassation a formellement consacré la négative [1], et cette solution renferme une juste appréciation des principes généraux et de l'esprit de l'article 1975 en particulier. Toutes les fois que la loi confère expressément un droit, la faculté de l'exercer est directement puisée dans la loi elle-même plutôt que dans la qualité de la partie. Or, l'article 1975 crée la nullité de l'acte fait dans les conditions prescrites en faveur des héritiers du vendeur. Dès lors, en demandant cette nullité, ceux-ci usent d'un droit qui leur est propre et personnel; qu'ils tiennent si peu de leur auteur qu'il n'a jamais pu l'exercer lui-même.

1757. — Subordonner l'action des héritiers au droit qu'aurait eu son auteur, c'était donc, comme l'observe la cour de cassation, rendre illusoire et sans effet la disposition de l'article 1975, puisque la nullité qu'elle prononce au cas prévu ne pourrait jamais être invoquée par l'héritier.

Il fallait donc, pour ne pas condamner l'article 1975 à n'être qu'une menace vaine et sans portée réelle, reconnaître qu'en en poursuivant l'application, les héritiers n'agissent pas du chef de leur auteur, et que dès lors ils ne peuvent être écartés par les prescriptions de l'article 1322; qu'à leur égard la vente à rente viagère ne peut être valable qu'autant qu'il est constant qu'elle a été faite hors le temps de la maladie et plus de vingt jours avant le décès du vendeur.

1758. — Quelle est la conséquence légale de cette règle? Delvincourt enseigne que l'héritier se trouvant dès lors placé sous les termes de l'article 1328, la vente n'a contre lui d'autre date que celle de l'enregistrement; que si cet enregistrement se place dans les vingt jours du décès, ou si l'acte n'a pas même acquis date certaine avant, la vente est présumée de plein droit avoir été consentie dans la période illicite, et doit être annulée.

Cette doctrine paraît logiquement devoir s'induire de la règle que nous venons de rappeler, à savoir : que, par rapport à l'héritier, il n'y a vente valable qu'autant qu'il est prouvé que celle invoquée s'est réalisée hors des conditions prévues par l'article 1975. Or, cette preuve n'est pas acquise lorsque l'acte sous seing privé n'a acquis date certaine qu'à la mort du vendeur ou depuis.

Mais cette doctrine a paru trop rigoureuse. On a dit que si l'héritier n'était pas dans l'hypothèse l'ayant-cause, dans le sens de l'article 1322, il n'était pas non plus un tiers dans l'acception de l'article 1328; que bien qu'il exerçât un droit propre et personnel; on ne devait pas cependant oublier que ce droit il le trouvait dans sa qualité d'héritier; qu'enfin l'article 1975 n'annule le contrat, dans l'hypothèse qu'il prévoit, que lorsque la preuve des conditions exigées est acquise; que l'acte sous seing privé n'établisse pas par lui-même la validité de la vente, cela se comprend; mais il n'en crée pas moins une présomption devant être acceptée jusqu'à preuve contraire. Conséquemment, tout ce que peut raisonnablement prétendre l'héritier, c'est d'être admis, nonobstant les indications du titre, à justifier qu'il a été réellement fait en temps prohibé.

Cette conséquence déjà indiquée par la cour de cassation, dans l'arrêt du 15 juillet 1824, a été expressément consacrée par elle le 5 avril 1842. La cour de Toulouse, appliquant la doctrine de Delvincourt, avait annulé une vente à rente viagère, par cela seul qu'étant sous seing privé, elle n'avait pas été enregistrée en temps utile. Mais son arrêt, déféré à la cour suprême, fut cassé comme ayant méconnu le véritable caractère de l'article 1975 [2].

Ainsi, l'acte sous seing privé, même non enregistré, est opposable à l'héritier, agissant en vertu de l'article 1975, en ce sens que la date qui y est indiquée est présumée sincère. Mais cette présomption peut être combattue par la preuve contraire qui peut être faite par témoins et par présomptions.

1759. — Dans ce cas, comme dans toutes les autres hypothèses où la vente à fonds perdu est

[1] 19 janv. 1814; 15 juillet 1824.

[2] J. D. P., t. I, 1842, p. 489.

querellée à l'endroit de l'article 1975, la nullité de la vente est absolument attachée à la réunion, à la simultanéité des deux conditions que cet article exige. Il faut donc qu'il soit établi 1° que le crédirentier était, au moment du contrat, atteint de maladie ; 2° que le décès survenu avant le vingtième jour est la conséquence de cette maladie. En conséquence, si le vendeur était bien portant au moment du contrat, la mort survenue dans les vingt jours n'exercerait aucune influence sur le sort de la vente. Il en serait de même si la mort, dans ce même délai, reconnaissait une autre cause que la maladie dont ce vendeur était atteint au moment du traité.

1760. — De ce que l'article 1975 ne parle que du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête *d'une personne,* on a voulu induire qu'il ne doit recevoir aucune application lorsque la rente a été constituée sur plusieurs têtes. Mais c'est là évidemment exagérer la règle universellement adoptée : que cet article est limitatif et restrictif. Sans doute ce caractère est absolu lorsqu'il s'agit d'appliquer la sanction pénale qu'il consacre, mais vouloir l'étendre à la modalité de sa disposition, c'est se jeter dans une confusion inadmissible.

Si la loi ne parle que du contrat souscrit par une personne ou dans l'intérêt d'une seule personne, c'est qu'elle a dû s'arrêter au cas le plus usuel. Quel motif raisonnable pourrait-on d'ailleurs alléguer pour faire maintenir l'acte, si les deux têtes sur lesquelles la rente est établie, atteintes d'une maladie mortelle au moment du contrat, y ont succombé l'une et l'autre avant l'expiration des vingt jours ?

Posée dans ces termes, la question est facilement résolue. L'esprit de la loi ne permet même pas le doute. La vente devrait être annulée.

1761. — Mais une difficulté plus réelle se présente lorsque la rente étant constituée en faveur de plusieurs personnes, l'une d'elles meurt dans les vingt jours de la maladie dont elle était atteinte à l'époque du contrat. Quel sera le sort de l'acte, à l'endroit des autres crédirentiers et des héritiers du décédé, si celui-ci se trouve être le vendeur ?

Dans cette hypothèse, il est certain que le contrat ne laisse pas que d'être aléatoire. L'obligation du débiteur de la rente se continue pendant la vie des crédirentiers survivants, et son terme ne peut être ni précisé ni entrevu. Le contrat renferme donc un risque certain et déterminé qui devrait en assurer le maintien. C'est dans ce sens que se prononce Troplong, et c'est aussi ce que la cour de cassation a décidé le 22 février 1820 [1].

Ce qu'il importe de remarquer dans cet arrêt, c'est le soin que met la cour de cassation à faire ressortir qu'il a été formellement convenu en fait que la rente serait payée, en totalité et sans réduction, au dernier survivant. Elle semble, par cela même, indiquer que, dans le cas contraire, elle eût décidé autrement qu'elle ne le fait.

Il est, en effet, possible que la réduction, s'opérant par le décès d'un crédirentier, fît totalement disparaître l'aléa du contrat, ou le réduisît tellement que le risque qui en est l'essence disparût en totalité. La conséquence logique de l'un ou de l'autre serait donc l'annulation du contrat.

Mais, dans cette hypothèse même, cette annulation n'est pas de plein droit, elle se trouve nécessairement subordonnée à l'importance de la réduction, à l'état de choses qu'elle crée pour l'avenir. Ainsi si, cette réduction opérée, l'excédant à payer par le débiteur, à titre de rente annuelle, est encore dans de justes proportions avec la valeur des choses aliénées, eu égard à l'âge du crédirentier survivant, un risque sérieux continue d'exister, et le contrat n'a rien perdu de son caractère aléatoire. Il serait donc par trop rigoureux d'en prononcer la nullité.

Ainsi la mort d'un des crédirentiers, réalisée dans les vingt jours du contrat, et causée par la maladie dont il était atteint au moment de ce contrat, laisse la convention produire tous ses effets, si la totalité de la rente doit continuer d'être payée au survivant. Il en serait autrement si la rente déclarée réductible n'était plus, après la réduction opérée, en rapport avec les caractères et les conditions d'une rente viagère à fonds perdu, comme si, par exemple, elle devenait inférieure aux revenus des biens. Dans tous les cas la question de savoir si le contrat a conservé ou perdu l'élément aléatoire en formant l'essence est abandonnée aux lumières et à la prudence des juges.

1762. — La rente viagère constituée à titre onéreux est saisissable et cessible. La stipulation contraire insérée au contrat ne saurait même être opposée aux créanciers.

Cela n'est pas même discutable à l'endroit des hypothécaires. L'immeuble affecté à leurs créances demeurerait, entre les mains de l'acquéreur, grevé de leurs inscriptions, et lui-même, soumis à toutes les obligations du tiers détenteur, serait

[1] Troplong, sur l'article 1975.

tenu de payer ou de délaisser. Il pourrait même, en cette qualité, être exproprié de l'immeuble.

Il n'en est pas de même des créanciers cédulaires. L'aliénation des immeubles du débiteur leur enlèverait valablement le gage que ces immeubles leur offraient pour le payement de ce qui leur est dû, en tant cependant qu'elle ne serait pas effectuée en fraude de leurs droits. Mais il ne pouvait dépendre de personne, moins encore du débiteur, de leur enlever tout recours sur le prix, fût-il une simple rente viagère. Ils pourront donc, malgré toute stipulation contraire, saisir cette rente et faire ordonner qu'elle leur sera directement payée par le débiteur, jusqu'à concurrence de leurs droits.

Le taux annuel de cette rente peut même avoir été frauduleusement concerté à l'effet de léser d'autant les droits des créanciers. La preuve de cette fraude devrait entraîner la nullité de la vente, et les créanciers sont recevables non-seulement à la proposer, mais encore à la fournir tant par titres que par témoins et par présomptions. L'article 1167 ne permet pas le moindre doute à cet égard.

De plus, et en vertu de l'article 1166, les créanciers sont recevables à poursuivre la rescision de la vente à fonds perdu, pour cause de lésion. Nous venons de voir que l'article 1674 est applicable à cette vente comme à toutes les ventes ordinaires. Dès lors l'action, appartenant incontestablement au vendeur, peut être exercée par les créanciers agissant en son nom et comme ses ayants cause.

1763. — Quels sont les effets de l'admission de l'action en fraude des créanciers, contre la vente consentie par le débiteur, quel qu'en soit le caractère ?

Cette question se résout facilement à l'encontre de l'acheteur direct. L'admission de l'action paulienne suppose nécessairement sa complicité dans la fraude du débiteur. La conséquence naturelle de cette complicité est de lui faire perdre tous droits sur la chose qui a fait la matière du contrat. Elle fait donc retour au vendeur sur la tête duquel les créanciers pourront en poursuivre l'expropriation ultérieure.

1764. — Mais cette question acquiert une plus grande importance à l'endroit des tiers auxquels la chose a été revendue par l'acquéreur primitif. Ces tiers pourront-ils être actionnés en délaissement par les créanciers du premier vendeur ?

La solution ne peut être que négative. Bien entendu que nous ne parlons que de l'action paulienne exercée par des créanciers chirographaires. S'il s'agissait, en effet, de créanciers hypothécaires régulièrement inscrits, leurs droits suivant l'immeuble dans quelque main qu'il passe, leur recours contre tous tiers détenteurs est formellement écrit dans la loi.

Mais il n'en est pas de même des créanciers cédulaires. Ils n'ont aucun droit réel sur les immeubles qu'en tant qu'ils les trouvent en possession de leur débiteur. L'acheteur a donc pu régulièrement acheter et même payer son prix, sans se préoccuper de leur existence.

Aussi si la loi leur permet de recourir contre la vente, ce n'est qu'à la condition qu'ils prouveront la fraude de leur débiteur, celle de l'acheteur. La preuve de l'une n'affecte l'acte que par la preuve de l'autre, et, celle-ci faite, l'acquéreur n'est pas obligé comme tiers détenteur. Il ne l'est que comme tenu de réparer le préjudice qu'il occasionne par son fait.

C'est cette conséquence qui avait fait repousser, en droit romain, la qualification de réelle que Justinien avait donnée à l'action des créanciers. C'est elle qui, sous le droit français, lui a maintenu le caractère d'action pure personnelle. Sans doute elle a pour résultat de faire annuler la vente, mais remarquons que cette nullité ne saurait la faire considérer comme revendicatiore. En effet, ce n'est pas aux créanciers poursuivants que les biens sont restitués. Ils reviennent au débiteur sur la tête duquel ces créanciers pourront les saisir, les faire vendre pour s'en distribuer le prix. Or, ce ne sont pas là les caractères de la revendication, dont la consécration a pour conséquence inévitable de saisir le poursuivant de la propriété des biens en faisant l'objet.

Ainsi l'action paulienne n'a rien de réel dans son origine, rien dans ses effets. Puisée dans un fait personnel, la complicité de la fraude, elle ne peut être exercée que lorsque ce fait existe. Si cela est vrai pour l'acquéreur direct, comment admettra-t-on le contraire contre celui qui a acheté de celui-ci ? La justice et la raison commandent de faire en faveur du dernier ce qu'on décide pour le premier, à savoir : qu'il ne puisse être poursuivi que si, s'associant à la fraude, il en a assumé la responsabilité.

C'est ce que les jurisconsultes romains admettaient sans hésitation. Perezius, entre autres, l'enseigne formellement : *Unde quod dictum, hac actione teneri eum, ad quem res sunt translatæ ; intellige si eas adquisiverit titulo donationis, aut alio lucrativo ; et licet fraudis ignarus fuerit, tamen creditorum causa favorabilior est, qui de damno disceptant. Quod si*

e diverso res comparaverit, aut in solutione acceperit, cessa hæc actio, nisi fraudem participasse accipientem probetur [1].

Et ce qui doit le faire décider ainsi, ajoute cet auteur, c'est qu'en cette matière, si la preuve de la fraude fait ordonner la nullité de la vente, c'est uniquement pour empêcher que l'acquéreur ne puisse se faire un titre de son propre dol, *ne dolus suus prosit, contra naturalem æquitatem*. Cette considération n'a rien perdu de sa force sous l'empire de notre Code. Elle est encore l'origine et la cause de l'action révocatoire. Elle doit en régler encore le caractère et les effets.

En résumé donc, la restitution de l'immeuble, acquis en fraude des droits des créanciers, n'est ordonnée qu'à titre de dommages-intérêts pour la réparation du préjudice résultant du quasi-délit dont l'acheteur est convaincu. Ce n'est pas ici une résolution dont les effets légaux soient opposables aux tiers qui sont restés étrangers à la fraude, c'est une peine toute personnelle dont nul autre que lui n'a à supporter les conséquences. Le tiers de bonne foi n'est tenu ni personnellement ni réellement envers les créanciers du vendeur primitif. Ceux-ci sont donc, en ce qui le concerne et d'une manière absolue, sans action.

Dès lors, aussi, la restitution à titre de dommages-intérêts ne peut être ordonnée qu'en tant que les biens sont encore dans les mains du complice de la fraude. Dans le cas contraire, la réparation du préjudice en résultant consistera dans une allocation pécuniaire qui pourrait égaler ou dépasser même le prix de la revente, suivant les circonstances.

Le tiers acquéreur ne peut pas être dans une position pire que celle de l'acquéreur primitif. La vente n'étant nulle, à l'endroit de celui-ci, que par la preuve de la complicité dans la fraude du débiteur, ne pourrait l'être, à l'encontre du tiers, que par la même preuve. L'absence de cette preuve produirait donc pour le tiers un effet identique à celui qu'elle aurait pour l'acquéreur primitif, à savoir : le maintien de la vente.

Ajoutons que si le tiers avait reçu l'immeuble à titre lucratif, la preuve de la participation à la fraude devient d'autant plus indifférente que l'ignorance dans laquelle il serait resté sur l'existence de cette fraude ne ferait nul obstacle à la révocation de l'acte. Or, ce caractère de libéralité peut être dissimulé précisément en prévision de ce résultat. Conséquemment les créanciers sont autorisés à prétendre et à prouver, même par témoins et par présomptions, que la prétendue vente n'est qu'une donation déguisée. La preuve faite amènerait pour conséquence la nullité de la convention, les biens aliénés feraient retour sur la tête du vendeur primitif.

1765. — La vente de droits successifs peut devenir une occasion de fraude contre les créanciers de l'héritier. En effet, celui-ci, ne pouvant se dissimuler que le profit de l'hérédité doit être absorbé par le payement de ses obligations, peut concevoir la pensée de se soustraire à la nécessité de ce payement, et l'exécuter en vendant ses droits soit à son cohéritier, soit à un tiers.

1766. — Cette vente serait inévitablement sans effets, si elle était postérieure à l'opposition que les créanciers du vendeur auraient formée à la levée des scellés. A dater de ce moment, le débiteur ne peut isolément rien faire qui puisse nuire à ses créanciers. La disposition de ses biens qu'il ferait, contrairement à l'obligation d'y appeler le créancier opposant, serait donc, à son égard, légalement présumée frauduleuse, et dès lors incapable de sortir à effet.

Il en serait de même vis-à-vis de celui qui aurait traité avec le débiteur. Vainement voudrait-il exciper de sa bonne foi et de l'ignorance de l'opposition du créancier. Cette excuse n'est pas acceptable. Celui qui traite de droits successifs doit s'enquérir de l'état de la succession, de la position de celui qui demande à céder. Or, la moindre recherche doit lui signaler l'existence de l'opposition. S'il n'en a fait aucune, s'il a aveuglément suivi la foi de son cédant, il a commis une grave négligence dont les conséquences ne sauraient raisonnablement être mises à la charge du créancier.

1767. — Le créancier non opposant ne perd pas le droit d'attaquer, comme frauduleuse, la cession de ses droits par son débiteur, mais il est, dans cette hypothèse, obligé de prouver la fraude du cédant, celle du cessionnaire lui-même. Cette preuve, pouvant être faite par témoins, peut également résulter de présomptions graves, précises et concordantes. La vileté du prix, eu égard à la valeur réelle des droits faisant la matière du traité, serait de nature à exercer une puissante influence.

1768. — Aussi cette circonstance se rencontrera-t-elle rarement. On exagérera le prix plutôt que de le réduire, dans l'intention d'écarter le soupçon, ce qui n'empêchera pas les parties de compter et de recevoir un prix moindre que

[1] *In Cod.*, lib. VII, tit. LXXV, no 6.

celui porté au contrat. Mais la preuve de cette simulation serait décisive contre le cessionnaire lui-même. En effet, on conclurait très-logiquement de ce qu'il s'est prêté à l'exagération du prix, qu'il a connu les motifs que le vendeur a eus d'en agir ainsi, et cette connaissance le constitue en état flagrant de complicité de la fraude, à la consommation de laquelle il a prêté les mains.

1769. — L'exagération du prix de la cession peut avoir un autre motif que le désir de frauder les créanciers. On sait que dans un but de morale, que par respect du secret qu'exigent les affaires de famille, le législateur a autorisé les héritiers à écarter de la succession l'étranger auquel un d'eux a cédé ses droits. L'exercice de cette faculté est nécessairement subordonné au remboursement du prix payé par le cessionnaire.

Ainsi, menacé de voir sa spéculation échouer, l'acheteur de droits successifs ne manquera pas de stipuler dans l'acte un prix supérieur à celui qu'il compte réellement, la différence devant, dans tous les cas, constituer un bénéfice en sa faveur.

Cette fraude était trop facile, trop imminente pour que le législateur ne dût pas s'en préoccuper. Comme moyen de la prévenir ou de la réprimer, il autorise le retrayant, quels que soient les termes de l'acte, à contester l'exactitude du prix, à en prouver l'exagération tant par titres que par témoins et par présomptions. Cette faculté se justifie juridiquement sous le rapport des principes généraux du droit. Le retrayant exerce un droit qui lui est propre et personnel; il n'est ni le représentant, ni l'ayant cause du cessionnaire. On ne saurait donc ni lui opposer, comme obligatoire, un acte auquel il est demeuré étranger, ni l'empêcher de justifier par témoins une fraude dont il a été évidemment dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite.

Dès lors, l'acte, fût-il public et authentique, ne fait pas foi de la sincérité du prix. Ce que le retrayant est obligé de rembourser, c'est ce qui a été réellement payé et non ce qu'il a plu aux parties d'indiquer comme l'ayant été.

1770. — Mais la connaissance du prix réel n'est pas toujours facile. Le cohéritier exerçant le rachat peut très-bien être convaincu de l'exagération du prix apparent et en faire la preuve; mais il pourra, en même temps, se trouver dans l'impossibilité d'indiquer le prix réel. Ce défaut d'indication doit-il avoir pour résultat de l'obliger à restituer le prix porté dans le contrat?

Cette conséquence serait aussi anormale qu'injuste. La preuve du mensonge de l'acte à l'endroit du prix, celle de son exagération, infirme nécessairement le droit du cessionnaire d'en être restitué. Comment admettre le contraire, et consacrer la fraude par cela seul que le mystère dont ses auteurs se sont enveloppés empêche de saisir la vérité sur les bases adoptées par elles? Faudra-t-il punir d'une fraude celui-là même qui devait en être la victime?

1771. — La cour de Paris ne l'a pas pensé ainsi. Elle a, en conséquence, jugé que lorsque le retrayant est dans l'impossibilité d'indiquer le prix réel, c'est au juge à apprécier, suivant ses lumières et sa conscience, la somme que celui qui a voulu frauder a pu et dû donner, selon les circonstances où les parties se trouvent placées [1].

Le seul reproche qu'on pourrait faire à cette doctrine est celui d'atteindre, dans certains cas, à ce résultat : que l'appréciation du magistrat restant en deçà de la vérité, le cessionnaire ne sera pas remboursé de tout ce qu'il aura payé. Mais cet inconvénient ne saurait mériter aucune considération, car, s'il se réalise, c'est uniquement par le fait propre et personnel de celui qui s'en plaindrait. Que celui qui a voulu, au mépris de la loi, frauder des tiers, soit pris dans son propre piége, le malheur n'est pas grand! Il faut même avouer qu'il ne répugne nullement à la morale et à la justice, comme tout ce qui tend à rappeler les parties et à les maintenir dans les voies de la loyauté et de la franchise.

Il ne saurait donc prévaloir sur les conséquences qu'entraînerait le système contraire, conséquences tellement monstrueuses, qu'on n'osait pas même en demander le bénéfice dans l'espèce jugée par la cour de Paris. On se bornait, en effet, à demander que, par experts commis, la valeur des choses cédées fût appréciée, pour le résultat de cette expertise devenir le prix à restituer.

Mais cette prétention fut repoussée par cette raison décisive que le retrayant n'a pas à rembourser la valeur réelle des objets dont il demande à rentrer en possession. Tout ce que l'article 841 exige de lui, c'est qu'il paye le prix que le cessionnaire en a donné; c'est donc ce prix et non la valeur réelle qu'il faut établir. Une expertise est donc illusoire, car, dès qu'il y a lieu à une appréciation de cette nature, elle ne peut résulter que de l'examen minutieux des circonstances de la cause, des présomptions que ces circonstances révèlent, des interrogatoires des parties, des témoignages fournis. Il est évident,

[1] 14 février 1834.

dès lors, que tout cela rentre dans le domaine naturel du juge, à qui cet examen appartient exclusivement.

Il était conséquemment impossible de méconnaître le caractère juridique de la doctrine de la cour de Paris. Aussi, sur le pourvoi dont son arrêt fut l'objet, cette doctrine obtint-elle la haute sanction de la cour de cassation [1].

1772. — Comme conséquences du principe qui en fait la base, l'arrêt de la cour de Paris et celui de la cour de cassation consacrent ces deux points importants :

1° Que la restitution des droits d'enregistrement doit être calculée sur le prix réellement payé et non sur celui ostensiblement déclaré dans l'acte. Dans l'espèce, la différence était importante, car le prix apparent était de 60,000 francs, tandis que celui reconnu payé ne s'élevait qu'à 1,930 ;

2° Que le retrayant n'est pas obligé de restituer les honoraires et frais purement personnels et relatifs au cessionnaire.

Il est évident, dans le premier cas, que les frais d'enregistrement ne sont déboursés que parce que les parties ont eu l'intention de frauder. Or, une intention de cette nature ne peut jamais avoir pour résultat d'aggraver la position de celui à qui la fraude pouvait préjudicier. Conséquemment, les frais auxquels cette intention a donné lieu doivent nécessairement être laissés à la charge de celui qui s'est exposé à la chance de les débourser en pure perte.

Ce qui justifie la solution sur ce premier point légitime une solution identique sur le second. En effet, le cessionnaire sait qu'il est exposé au retrait ; que celui-ci se réalisant, il ne peut exiger que le remboursement de ce qu'il a payé lui-même. Dès lors, si cette éventualité ne l'a pas arrêté, s'il en a volontairement couru la chance, il n'a aucun droit de demander une indemnité quelconque des peines et soins qu'il a pu prendre pour la liquidation de l'hoirie.

1773. — La difficulté que nous venons de signaler et de résoudre en tranche une autre que l'exercice du retrait pouvait faire surgir. La demande doit-elle être précédée ou accompagnée de l'offre réelle du prix à restituer ?

L'article 841 garde, sur cette obligation, le plus complet silence, et ce silence est une juste conséquence de l'éventualité que nous venons d'examiner. Comment concevoir, en effet, la nécessité d'une offre réelle, lorsque le retrayant peut ignorer la somme qu'il aura, en définitive, à rembourser ? La condition devenant irréalisable, on ne pouvait raisonnablement lui subordonner l'exercice du droit de retrait.

Il suffit donc que celui qui en poursuit le bénéfice offre, dans la demande même, de restituer le prix et tous ses légitimes accessoires, tels qu'ils résulteront du jugement à intervenir. C'est ce que la doctrine et la jurisprudence ont, de tous temps, admis et consacré [2].

1774. — Le bénéfice du retrait est définitivement acquis, dès que l'intention de l'exercer a été régulièrement manifestée. Tous actes postérieurs, tendant à en paralyser les effets, ne sauraient être invoqués contre le retrayant. Légalement présumés faits pour éluder la loi à cet égard, ils ne sauraient être consacrés.

Ainsi, il a été jugé que le cohéritier, qui a offert en justice, au cessionnaire des droits successifs de son cohéritier, le remboursement du prix de la cession, a, dès ce moment, et quoique son offre n'ait pas été acceptée, un droit acquis à la subrogation, droit qui ne peut être compromis par les actes faits ultérieurement entre le cédant et le cessionnaire ; spécialement, qu'une demande en retrait successoral ne peut être écartée par le motif que le cessionnaire d'une partie des droits successifs d'un des cohéritiers est, en même temps, donataire d'une autre partie de ces droits, lorsque l'acte qui lui confère cette dernière qualité est postérieur à la demande en retrait [3].

Par application du même principe, la cour de Paris a jugé, le 16 mai 1823, que la résolution de la cession, intervenue entre les parties postérieurement à la demande en retrait, ne pouvait rendre cette demande irrecevable ou mal fondée.

Dans l'espèce de cet arrêt, la résolution avait été poursuivie et prononcée pour défaut de payement du prix. Une pareille action, alors que, par l'effet immédiat du retrait, le prix était offert par le retrayant, n'avait pas d'autre motif possible que l'intention concertée entre le cédant et le cessionnaire d'empêcher l'exercice du retrait, et d'annihiler ainsi une faculté formellement reconnue par la loi. C'est donc avec juste raison qu'on déclara que la rescision, étant postérieure à la déclaration du retrait, ne pouvait prévaloir sur le droit acquis par cette déclaration.

[1] 1er juillet 1835.

[2] Chabot, t. III, art. 841, n° 23; Duranton, t. VII, n° 200.

Besançon, 31 janvier 1809; Aix, 5 décembre 1809; Pau, 10 juin 1830; Bourges, 16 décembre 1833; Bastia, 23 mars 1835.

[3] Cass., 4 mai 1829.

1775. — Le cessionnaire, évincé par le retrait, n'a aucune garantie à exercer contre le cédant. Cette règle a son principal fondement dans ce principe : que l'acquéreur, connaissant le vice de la chose qu'il a achetée, ne peut se plaindre des conséquences que ce vice entraîne. Or, celui qui accepte une cession de droits successifs doit savoir qu'il dépend des héritiers de se faire subroger au bénéfice de son contrat, en lui en restituant le prix et ses légitimes accessoires. Cette restitution opérée, il est complétement désintéressé. Quelle garantie peut-il donc avoir à exercer ?

1776. — La cour de cassation a même décidé que, le retrait successoral reposant sur des motifs d'ordre public, aucune stipulation entre le cédant et le cessionnaire ne pouvait avoir pour effet d'en gêner ou d'en compromettre l'exercice ; qu'ainsi, la promesse formelle de garantie ne pouvait être opposée au retrayant, alors même que, depuis la cession, celui-ci serait devenu l'héritier du cédant.

Le contraire avait été admis par la cour de Dijon. Son arrêt avait déclaré la demande en retrait non recevable, attendu que le cohéritier la poursuivant était devenu l'héritier du cédant et, conséquemment, tenu de la garantie promise par celui-ci ; qu'il devait donc être évincé de sa poursuite en force de la règle de droit : *Quem de evictione tenet actio, eumden agentem repellit exceptio*. Mais, sur le pourvoi dont il fut l'objet, cet arrêt fut cassé par la cour régulatrice, comme ayant faussement appliqué les principes relatifs à la garantie et expressément violé l'article 841 [1].

1777. — Ce caractère absolu du droit conféré par l'article 841 sera dans le cas de déterminer, chez ceux qui désireront en éluder les effets, une fraude consistant dans la simulation de la nature du contrat. On sait en effet que, recevable contre tout acte à titre onéreux, l'action en retrait n'est pas autorisée contre le donataire à titre gratuit. En conséquence, et malgré qu'il s'agisse d'une cession, et que le prix en ait été payé, les parties consentiront une donation.

Sans doute, dans cette hypothèse comme dans celle d'un acte à titre onéreux, il se produit un effet identique. Ainsi, un étranger viendra s'immiscer dans les secrets de la famille, prodiguer les obstacles, semer les difficultés, éterniser enfin des opérations que les liens existants entre des copartageants ordinaires concilieraient facilement.

[1] Cass., 15 mai 1844 ; *Journal du Palais*, t. I, 1844, p. 736.

Cependant la défense d'exercer le retrait contre un donataire est rationnelle et juste. Celui qui dispose de sa propriété à titre gratuit ne fait qu'user du droit incontestable que la qualité de propriétaire lui confère. On ne pouvait donc ni l'empêcher de céder aux sentiments de reconnaissance et d'affection auxquels il obéit, ni lui imposer l'obligation de préférer un de ses cohéritiers à celui qu'il choisit lui-même. D'autre part, la donation n'ayant aucun prix, qu'aurait-on dû rembourser à celui qui en a été l'objet ?

La différence entre le cessionnaire et le donataire était donc une conséquence forcée de la nature des choses, et c'est cette différence qu'on exploitera dans certains cas pour arriver indirectement au but qu'on ne saurait atteindre d'une manière directe.

Mais pour qu'on puisse s'en attribuer le profit, il ne suffit pas d'une vaine apparence, il faut qu'il s'agisse d'une véritable libéralité, d'une donation sincère. L'acte ne fait pas plus foi de son caractère que du prix qui y est stipulé ; le retrayant, qui a la faculté de contester celui-ci, a le droit de discuter celui-là ; de prouver par toute sorte de preuves que la qualification de donation n'est qu'un mensonge, à l'aide duquel on a prétendu lui arracher tout moyen d'exercer le retrait ; cette preuve faite, l'acte tombe sous le coup de l'article 841, le prétendu donataire n'est plus qu'un cessionnaire ordinaire, n'ayant plus qu'à recevoir la restitution du prix qu'il a payé, et qui, à défaut d'indication précise, doit être, comme nous venons de le dire, déterminé par le juge.

1778. — L'effet radical de la donation, à l'endroit de l'exercice du retrait, indique une difficulté que la poursuite de celui-ci peut faire surgir. Le cessionnaire, auquel le cohéritier voudra se faire subroger, pourrait-il faire repousser la demande en soutenant que la vente qui lui a été consentie n'a rien de réel, qu'elle n'est qu'une donation déguisée ?

L'affirmative, si elle était admise, aurait pour conséquence inévitable d'effacer de notre loi l'article 841, en le rendant à tout jamais inapplicable. Dans tous les cas, en effet, où il s'agirait de retrait, le defendeur ne manquerait pas de soutenir que la cession déguise une libéralité, et de faire ainsi repousser l'action du retrayant. Cette considération suffirait à elle seule pour faire repousser le système auquel elle servirait de base.

Mais il est d'autres motifs non moins décisifs qui commandent ce rejet. Sans doute la dona-

tion, déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, ne laisse pas que d'être valable. Mais cet effet ne se produit qu'en tant que la simulation n'a pas pour objet de frauder la loi, soit à l'endroit d'une prohibition d'ordre public, soit sous le rapport de la capacité des parties.

De plus, la partie qui a coopéré à la fraude ne peut jamais en exciper contre les tiers; elle est, par rapport à eux, tenue par les termes de son contrat, sans qu'elle puisse jamais prouver contre eux outre et hors son contenu.

Ainsi, du vendeur à l'acquéreur, l'acte de vente déguisant une donation est valable. Mais ce dernier pourrait-il, excipant de ce caractère, se dispenser de payer le prix stipulé que les créanciers auraient saisi entre ses mains? Non évidemment.

Ce qu'on déciderait dans cette circonstance, on doit d'autant plus le consacrer dans notre hypothèse, qu'en présence de l'article 841, l'existence d'une libéralité déguisée est d'autant plus invraisemblable. Qu'aurait-on voulu en donnant? Mettre le cessionnaire à l'abri du retrait. Mais, alors, il est fort remarquable qu'au lieu d'employer un moyen décisif d'atteindre à ce but, celui de faire une donation pure et simple, on ait recouru à une simulation devant rendre ce résultat désiré plus difficile et plus chanceux. On comprend que, pour éluder la loi, on déguise une vente, en la qualifiant de donation; ce qu'on ne saurait comprendre, c'est que, voulant faire une donation, et les parties étant réellement capables de la consentir et de l'accepter, on l'ait déguisée sous l'apparence d'une vente.

Dans tous les cas, le titre étant obligatoire pour celui qui l'a souscrit, on ne saurait l'admettre à se soustraire à son exécution, sans violer la prohibition de l'article 1341, sans méconnaître les droits des tiers. Conséquemment, et pour la question qui nous occupe, il suffira qu'il s'agisse d'un acte de vente pour que le retrait soit admis, nonobstant toute prétention tendant à le faire considérer comme donation déguisée [1].

1779. — Aucune fin de non-recevoir ne saurait donc résulter ni des termes, ni du caractère de l'acte. Les seules opposables sont celles tirées de la ratification que le retrayant aurait donnée à l'acte, de l'expiration du délai qui lui est imparti pour exercer son droit.

La ratification expresse ne laisserait aucun doute sur l'extinction du droit. Il est vrai, et c'est, nous venons de le voir, ce que la cour de cassation a décidé, que le retrait est d'ordre public, ce qui semblerait exclure toute possibilité de ratification. Mais, dans cet ordre même, sa disposition est principalement dans l'intérêt des cohéritiers; dès lors, ils ne peuvent malgré eux être privés de leur droit, mais ils peuvent vouloir s'abstenir de l'exercer, et la loi s'en réfère sur ce point à leur appréciation. Cette abstention, résultant de ce qu'ils auraient ratifié la cession, en déclarant qu'ils ne veulent pas l'attaquer, rendrait tout retrait ultérieur impossible.

La possibilité d'une ratification expresse entraîne celle d'une ratification tacite, mais ici il convient de procéder avec la plus extrême circonspection. On ne doit pas présumer facilement que les ayants droit aient voulu renoncer à un droit de nature à les préserver des inconvénients que peut offrir pour la famille entière l'immixtion d'un tiers étranger. En conséquence, pour que les actes dont on veut induire la ratification puissent efficacement l'établir, il faut, disent Chabot et Toullier, qu'ils soient tels qu'ils décèlent chez leur auteur l'intention bien marquée de reconnaître les droits du cessionnaire. Conformément à cette doctrine, on ne devrait pas considérer comme ratification les actes intervenus entre l'héritier et le cessionnaire, et qui ne seraient que préparatoires du partage [2], ou qui tendraient à le déterminer, tels, par exemple, qu'un jugement qui l'ordonne sur la demande du cohéritier, qu'une sommation d'y procéder faite à sa requête [3].

La règle générale qu'on pourrait, dit Dalloz, poser à cet égard, serait de ne pas considérer comme entraînant déchéance les actes préalables au partage qui ont pour objet de faire connaître la valeur des biens de la succession et d'éclairer les héritiers sur les inconvénients de la présence d'un étranger [4].

1780. — L'objet spécial du retrait étant d'écarter du partage l'étranger cessionnaire, il est évident que, si le partage a été contradictoirement consommé avec lui, il ne peut plus y avoir lieu à l'action en subrogation, son exercice ne serait plus qu'un effet sans cause; il ne saurait dès lors être ni recevable, ni admissible.

Mais si le partage consommé vient à être rescindé, la nécessité d'en poursuivre un nouveau fait-elle revivre le droit des héritiers? rend-elle le retrait recevable?

Duranton résout cette question par l'affirma-

[1] Voy. *infrà*, nos 1783 et 1784.
[2] Cass., 15 mai 1833.
[3] Paris, 26 février 1816.
[4] D. A., t. X, p. 502, n° 8.

tive. Dès que le partage est rescindé, dit-il, il n'y a plus de partage, les choses sont remises au même état qu'auparavant, et l'acheteur ne se trouve plus qu'un cessionnaire de droits successifs.

Cette doctrine ne nous paraît pas admissible, nous venons de voir que la cession peut être ratifiée. Chabot et Toullier n'exigent qu'une condition, à savoir : que les actes prétendus ratificatifs soient tels qu'ils décèlent l'intention bien marquée de reconnaître les droits du cessionnaire. Or, y a-t-il un acte plus significatif que l'admission de celui-ci au partage ?

Par cette admission, en effet, l'étranger a été initié à tous les secrets de la famille, un nouveau partage ne lui apprendra rien de nouveau. Le motif déterminant de l'article 841 n'existe donc plus, et dès lors il serait fort irrationnel de faire survivre l'effet à la cause, et de remettre de nouveau en question des droits formellement reconnus et ratifiés.

Ainsi, la consommation du partage avec le cessionnaire consolide à tout jamais ses droits. La rescision qui serait ultérieurement prononcée remet, quant aux résultats obtenus jusque-là, les parties dans le même état qu'auparavant, mais elle ne peut influer sur leur qualité. Toutes celles qui ont participé au premier partage sont de plein droit appelées à concourir au nouveau.

Notre opinion se basant sur la ratification résultant de l'admission du cessionnaire au partage, il suit qu'elle ne serait appliquée que dans les cas où les héritiers ont été à même d'exercer le retrait lors du premier partage. Il est évident que, dans le cas contraire, rien ne s'opposerait à ce qu'ils pussent le réaliser après rescision.

Ainsi, supposez que, le partage consommé par les cohéritiers, l'un d'eux ait cédé les droits lui revenant à un étranger. La rescision ultérieurement prononcée appelle le cessionnaire au nouveau partage, il pourra en être écarté par l'effet du retrait. Sa présence est un fait nouveau, né de la rescision elle-même, il ne saurait se réaliser sans que le droit des héritiers se réalise également. On ne saurait exciper de leur silence précédent, car l'absence de la cession le rendait inévitable et forcé.

Il en serait de même si la rescision avait été prononcée sur la demande d'un héritier inconnu jusqu'alors, et n'ayant pas, par conséquent, pris part au premier partage. Cet héritier aurait incontestablement le droit d'exercer personnellement le retrait, sans qu'on pût lui opposer le fait de ses cohéritiers qui n'ont pas voulu user du droit qu'ils avaient. La ratification opposable à ceux-ci ne pourrait être utilement invoquée à son endroit; non-seulement il ne l'a pas donnée, mais encore il n'a jamais été en position de la donner [1].

1781. — Ce que l'article 841 fait pour les droits successifs, l'article 1699 le prescrit pour les droits litigieux. Celui contre lequel on a cédé un droit de cette nature peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, avec intérêts du jour du payement par le cessionnaire.

Les motifs de cette disposition sont frappés au coin d'une haute moralité et d'une exacte justice. On a voulu mettre un terme à la cupidité des acheteurs de droits litigieux et réprimer ainsi les nombreux procès que d'odieuses spéculations font surgir. Celui qui, pour s'enrichir, n'hésite pas à se faire souvent un titre du scandale qu'il va provoquer, ne saurait se plaindre si, par le retrait de ses droits, il se trouve privé du bénéfice qu'il s'en était promis.

La règle de l'article 1699 ne fut pas admise dans le Code sans contestation. Lacuée fit observer qu'il peut arriver qu'un homme opulent, pour obliger un citoyen pauvre, lui achète ses droits litigieux. L'adverse partie cependant, qui voit qu'elle va être poursuivie, se hâte de rembourser le cessionnaire. Elle profite donc seule du marché et se soustrait aux condamnations dont elle était menacée.

Tronchet répondit que le procédé du cessionnaire est immoral, même dans ce cas. S'il n'eût voulu qu'obliger le plaideur indigent, il lui eût fait des avances. Il est évident qu'en exigeant une cession, il a cédé à un sentiment beaucoup moins généreux, il a voulu se ménager un bénéfice. Cette réponse détermina l'adoption de l'article 1699.

1782. — Sa véritable portée nous est enseignée par le droit romain. Il ne régit que la cession à titre onéreux. La donation d'un droit, quelque litigieux qu'il puisse être, ne saurait être écartée par le retrait. C'est ce que la loi *per diversas* avait formellement consacré.

C'était là une large porte ouverte à la preuve. Ce qui le prouve, c'est que Justinien crut devoir compléter l'œuvre de son prédécesseur, qu'il qualifie de *justissima constitutio*. La loi *ab Anastasio* prévoit donc deux hypothèses : celle où les parties ont donné à la cession le caractère d'une libéralité pure et simple ; celle où, après avoir vendu jusqu'à concurrence du prix, le cédant déclare donner le surplus.

[1] Voy. *infrà*, n° 1789.

Justinien exige, dans la première, que la donation soit réelle et sincère. Ainsi, la preuve que le prétendu donataire a payé une somme quelconque pour obtenir la cession imprime à l'acte le caractère d'une vente, et ne donne au cessionnaire que le droit d'exiger la restitution de la somme déboursée avec ses légitimes accessoires. Dans la seconde, la clause de donation du surplus est censée non écrite et ne saurait produire aucun effet [1].

Cette doctrine découlait forcément du principe permettant le retrait. Bientôt, en effet, la clause de donation du surplus serait devenue de style dans les cessions de ce genre, et la faculté d'exercer le retrait n'aurait plus été qu'une prérogative nominale, qu'une lettre morte, sans utilité possible.

1783. — Ce qui se pratiquait sous l'empire des lois *per diversas* et *ab Anastasio*, a été consacré par l'article 1699 qui nous régit. C'est ce que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas hésité à reconnaître et à consacrer. En conséquence, la décision de Justinien, dans la double hypothèse qu'il prévoit, devrait être rigoureusement appliquée.

1784. — Une seule difficulté a surgi à l'endroit de la donation pure et simple. On s'est demandé si l'existence de quelques charges de peu d'importance plaçait la donation sous le coup de la loi, et devait la faire considérer comme une vente? L'affirmative est formellement soutenue par Troplong, mais une pareille sévérité d'appréciation nous paraît outrer le principe dont elle prétend faire une juste application.

La question de savoir si la cession est à titre onéreux ou gratuit est une question de fait. Elle ne comporte donc aucune règle absolue. Tout est livré à la conscience et aux lumières des magistrats. Il est évident dès lors que, si par leur nature et par leur objet les charges imposées à la donation n'en dénaturent nullement les caractères, la donation doit être maintenue et les effets appliqués. C'est aussi ce que la jurisprudence a consacré [2].

1785. — Les droits du retrayant, à l'endroit du prix de la cession, sont, en matière de droits litigieux, identiques à ceux que nous avons dit pouvoir être exercés dans le retrait successoral. La fraude, redoutable dans ce dernier cas, est bien plus à craindre dans le premier. En conséquence, quelles que soient les énonciations du titre à cet égard, l'ayant droit peut toujours en contester la sincérité, soutenir notamment que le prix n'est pas réel et le prouver tant par témoins que par présomptions. Il ne saurait être, dans aucun cas, tenu de restituer au delà de ce qui a été réellement payé, dont, à défaut d'éléments certains et positifs, la détermination est laissée à l'arbitrage souverain du juge.

1786. — De même que pour le retrait successoral, la faculté d'exercer le retrait litigieux est absolue et ne saurait être perdue que par une renonciation formelle. Mais il importerait peu que le procès eût été commencé et soutenu contre le cessionnaire. Tant que le litige n'a pas été définitivement jugé, le retrait est possible, quel que soit l'état de la cause. Non-seulement il ne doit pas, à peine de déchéance, être exécuté *in limine litis*, mais encore la jurisprudence est unanime sur ce point, celui qui n'a pas voulu l'exercer en première instance est recevable à le faire en cause d'appel [3].

1787. — Toutefois, comme cet exercice est un privilége introduit en faveur du débiteur, la cour de cassation en a conclu que le droit de le réaliser pour la première fois en cause d'appel n'appartient qu'à lui ou à ses représentants légaux. En conséquence, elle a refusé de le reconnaître aux créanciers, par arrêt du 6 juillet 1847 [4].

Il résulterait de cet arrêt que, par rapport aux créanciers, le silence gardé en première instance par leur débiteur est considéré comme une renonciation contre laquelle ils ne sauraient revenir. Cette doctrine peut, dans un cas donné, favoriser une fraude, ou conduire à une injustice flagrante.

En effet, le silence du débiteur peut n'être que le résultat d'une collusion entre lui et le cessionnaire, dans l'intention de frauder les légitimes créanciers. Objectera-t-on que dans ce cas ceux-ci auront l'action de l'article 1167? Mais de quel secours sera cette action, lorsque le droit litigieux sera fondé et que le préjudice ne consistera que dans la différence entre sa quotité et celle du prix payé par le cessionnaire? Comment prouver que l'abstention du débiteur à réclamer le bénéfice du retrait est entachée de fraude? Il est donc vrai de dire que le refus d'accorder aux créanciers un droit qu'on reconnaît exister en faveur du débiteur favorise singulièrement la fraude.

[1] LL. 22 et 23, Cod., *mand. vel contra.*

[2] Toulouse, 13 décembre 1830; cass., 4 juin 1834.

[3] Metz, 11 mai 1831; cass., 8 mars 1832 et 28 janvier 1836; Bourges, 17 février 1838; J. D. P., t. II, 1838, p. 285.

[4] J. D. P., t. II, 1848, p. 667.

Nous ajoutons que ce refus peut, dans certains autres cas, constituer une injustice. En effet, les créanciers ne sont pas nécessairement parties dans les procès intéressant l'actif de leur débiteur, ils peuvent y intervenir pour la conservation de leurs droits, mais ils ne doivent pas y être appelés. Or, supposez qu'avertis du danger qui les menace, à une époque seulement où le procès est devant la cour, ils réalisent immédiatement leur intervention, faudra-t-il les déclarer déchus d'un droit qu'ils ont été dans l'impossibilité d'exercer jusque-là?

Il nous semble qu'en présence de cette double éventualité, le système qui peut engendrer de pareils résultats ne devrait être admis qu'autant qu'il serait formellement prescrit par la loi. Or, loin qu'il en soit ainsi, la doctrine de la cour de cassation est au contraire en opposition flagrante avec l'article 1166 notamment.

Cet article, en effet, autorise les créanciers à exercer au nom de leur débiteur toutes les actions qu'il pourrait exercer lui-même. Ce principe ne reçoit exception que pour les actions exclusivement attachées à sa personne, et celles-là seules ont ce caractère, qui s'éteignent avec la personne elle-même et qui ne passent pas même aux représentants légaux.

L'action en retrait ne peut se placer dans cette catégorie. La cour de cassation reconnaît que les représentants légaux du débiteur peuvent, comme il le pourrait lui-même, l'exercer pour la première fois en appel. Comment donc la refuserait-on aux créanciers agissant en vertu de l'article 1166? Dans cette hypothèse, ils ne seraient pas les représentants légaux de leur débiteur! Mais ils sont mieux que cela, ils sont le débiteur lui-même.

Nous ne considérons pas la question comme définitivement tranchée par l'arrêt que nous rappelons. Un nouvel examen, une appréciation plus approfondie doit, à notre avis, amener une solution contraire à celle que cet arrêt consacre.

1788. — Dans toutes les hypothèses où le retrait est recevable, il faut que le droit cédé soit litigieux; que son objet soit d'empêcher et de prévenir le procès. Or, le droit n'est plus litigieux dès l'instant que, le procès ayant été soutenu, il est intervenu une décision définitive validant le droit poursuivi. Le débiteur ne peut simultanément courir la chance de gagner le procès ou de s'en racheter, en cas de perte, par la restitution du prix de la cession. Il doit donc opter entre le retrait et le soutien du procès.

La conséquence de cette règle devrait être l'inadmissibilité du premier, s'il n'est proposé que par des conclusions subsidiaires en cas de condamnation sur le fond du droit. Après cette condamnation, il n'y a plus de droit litigieux et, dès lors, plus de retrait possible. Cette règle posée par Pothier, adoptée par Troplong et Duvergier, a été consacrée par la jurisprudence [1].

Ainsi, il ne suffit pas, pour que le retrait puisse être exercé, que le droit cédé fût litigieux au moment de la cession, il faut en outre qu'il le soit encore au moment où le retrait est poursuivi. Mais le droit litigieux à la première époque, ne perd son caractère que par une décision définitive qui le reconnaît et le consacre. L'existence de celle-ci est un obstacle invincible à tout retrait ultérieur.

1789. — Toutefois cette règle reçoit exception dans le cas où la cession, ayant été cachée, ne se révèle qu'après le jugement définitif. Nul ne peut perdre un droit avant d'avoir été mis en demeure de l'exercer; il n'y a ni renonciation, ni prescription possible contre celui qui ne s'est abstenu d'agir que parce qu'il a ignoré qu'il pût ou dût le faire.

De là cette conséquence que le retrait successoral pourra être exercé après le partage, et le retrait litigieux après jugement définitif, si la cession n'a été connue qu'alors. Il le fallait ainsi pour empêcher une fraude d'autant plus à craindre que la spéculation du cessionnaire promettant d'être avantageuse, celui-ci aura un plus grand intérêt à éluder la loi. Or, le moyen le plus sûr serait incontestablement celui de stipuler que le partage ou le procès sera poursuivi au nom du cédant, quoiqu'il n'ait plus personnellement aucun intérêt à l'un ou à l'autre. On comprend dès lors que se préoccupant de cette fraude, le législateur en ait réprimé les effets, en reconnaissant que les droits consacrés par les articles 841 et 1699 peuvent être exercés dès qu'elle se découvre, à quelque époque que se réalise cette découverte, et même après partage ou jugement définitif [2].

1790. — Nous avons dit que la disposition de l'article 1699 a eu pour but de proscrire ces spéculations odieuses, à l'aide desquelles on cherche à exploiter les procès, à les faire naître

[1] Pothier, *Vente*, n° 598; Troplong, *Vente*, n° 987, t. II; Duvergier, *Vente*, n° 375, t. II; cass., 1er juin 1831 et 8 mars 1832; Bordeaux, 12 avril 1832; Bourges, 19 fév. 1838; J. D. P., t. II, 1838, p. 285.

[2] Rouen, 16 mars 1812; cass., 3 juin 1820; Bordeaux, 6 juillet 1838; Conf., Pothier, *ibid.*, n° 597; Troplong, *ibid.*, n° 988; Duvergier, *ibid.*, n° 378.

animo vexandi, et pour satisfaire à une sordide cupidité. Toute cession de droits litigieux n'a pas nécessairement ce caractère, il convenait donc de tracer les exceptions dans lesquelles son absence devait s'opposer à l'exercice du retrait.

Ces exceptions, admises par le droit romain, se trouvent aujourd'hui expressément rappelées par l'article 1701. En les parcourant, on acquiert facilement la conviction que chacune d'elles, dictée par un esprit de sauvegarde et de conservation, reste étrangère à toute arrière-pensée d'hostilité ou d'agression. En effet, le cessionnaire achète *rem necessariam;* ce qu'il veut, c'est l'exécution légale de son droit ou la conservation de la chose qu'il possède déjà. Loin de chercher à faire un procès, il agit réellement pour résoudre, dans un légitime intérêt, des difficultés dont il pourrait lui-même devenir la victime.

1791. — Ainsi que l'observe Troplong, l'article 1701 ne peut créer qu'un doute sur la portée réelle de l'exception en faveur du cohéritier. La constitution d'Anastase l'avait formellement spécialisée en la réduisant entre cohéritiers et à l'endroit des actions héréditaires : *Exceptis scilicet cessionibus quas inter cohæredes, pro actionibus hæreditariis fieri contingit* [1].

Doit-on conclure des termes généraux de l'article 1701 que le Code civil a voulu autre chose, et que, sous son empire, la cession d'un droit litigieux contre la succession faite par un tiers est à l'abri de tout retrait, par cela seul qu'elle a été faite en faveur du cohéritier?

Nous ne saurions admettre l'affirmative, et cela par deux raisons décisives :

1° Le Code civil a entendu se conformer exactement à ce que le droit romain avait consacré, et qui avait été admis par notre ancienne jurisprudence. C'est ce qui résulte expressément de l'exposé des motifs de Portalis. En effet, après avoir rappelé ce qui se pratiquait chez l'un et chez l'autre, Portalis ajoutait : Nous avons cru devoir conserver par le projet de loi une jurisprudence que la raison et l'humanité nous invitaient à conserver.

2° Le cohéritier, achetant de son cohéritier, achète réellement *rem necessariam*, et pour se maintenir lui-même dans un droit acquis. L'achat d'un droit litigieux contre l'hérédité sera sans doute d'une utilité relative au cohéritier qui l'a contracté d'un tiers, mais il peut renfermer contre les autres cohéritiers une spéculation de la nature de celles proscrites par l'article 1699. Il était rationnel de parer à cette éventualité, en autorisant ces derniers à exercer le retrait au nom et dans l'intérêt de l'hérédité du débiteur cédé [2].

1792. — Indépendamment des règles générales qui précèdent, l'article 1597 crée, par rapport aux droits litigieux, une règle spéciale à l'égard des personnes qui y sont énumérées.

Ainsi les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant les fonctions du ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux (aujourd'hui avocats) et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires de procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité et des dépens et dommages-intérêts.

1793. — Nous avons déjà exposé les motifs et les effets principaux de cette disposition [3]. Nous nous bornerons donc à jeter un rapide coup d'œil sur les difficultés que son application peut faire surgir.

Remarquons avant tout que les incapables dont s'occupe cet article, quelle que soit leur intention de se soustraire à ses effets, et précisément à cause de cette intention, se garderont bien de traiter directement et en leur nom propre et personnel. L'unique chance de succès sur laquelle ils puissent compter, est évidemment dans le soin qu'ils mettront à cacher l'intérêt qu'ils ont dans l'opération. Ils auront donc recours à la simulation et notamment à l'interposition d'un prétendu acheteur chargé de leur transmettre le bénéfice de la cession. Cette nécessité a tout d'abord fait rechercher si les principes des articles 911 et 1100, sur l'interposition des personnes, leur étaient applicables?

La négative a été admise en ce sens qu'en pareille matière, et quelque rapproché que soit le degré de parenté, la présomption légale, excluant la preuve du contraire, conduirait souvent à une véritable injustice. Le père, le fils d'un magistrat peut être comme tout autre allèché par le bénéfice énorme que promet l'acquisition d'un procès ou d'un droit litigieux. Il peut donc la contracter sans consulter son fils ou son père, et quelquefois même contre son avis. La justice exigeait qu'on tînt compte de cette circonstance, surtout lorsqu'il s'agit de flétrir un magistrat, en le déclarant convaincu d'avoir violé la loi qu'il est chargé d'appliquer.

Donc, il n'existe pas, dans cette matière, de présomption légale; mais le degré de parenté

[1] L. 22, Cod., *mand. vel contra.*

[2] Troplong, sur l'art. 1701; Duvergier, *Vente*, t. II, n° 390.

[3] Voy. *suprà*, n° 706.

rapproché, entre le cessionnaire et l'incapable, est un indice bien puissant d'interposition, et il faudrait des explications péremptoires pour dissiper le soupçon qu'il crée. Si ces explications laissaient à désirer, la fraude devrait être reconnue et ses effets encourus. C'est ce qu'avait consacré notre ancienne jurisprudence. Denizart rapporte un arrêt du parlement d'Aix qui annula une vente de droits litigieux faite aux deux fils de M. de Coriolis, président à mortier de ce parlement, fit défense à ce magistrat d'en accepter de semblables, et le condamna en 500 livres de dommages-intérêts et aux dépens.

Ainsi, la qualité des parties fait facilement présumer la fraude, mais n'en fournit jamais la preuve légale. Cette présomption doit céder devant la preuve contraire. L'admissibilité de celle-ci et son efficacité sont laissées à l'arbitrage souverain du juge.

1794. — La cession, acceptée par un des incapables indiqués dans l'article 1597, est frappée d'une nullité radicale et absolue. La disposition de cet article est d'ordre public et général. Toutes les parties peuvent l'invoquer, excepté le cessionnaire lui-même. Cette exception est la juste conséquence de l'infraction à la loi dont ce dernier s'est rendu volontairement coupable, et dont il est rationnel qu'il ne puisse, en aucun cas, se faire un titre.

C'est surtout au débiteur que la nullité profite. En effet, elle atteint à ce résultat qu'elle anéantit le droit cédé. Le cédant qui l'a vendu, étant désintéressé, ne peut plus l'exercer. L'illégalité de la cession plaçant le cessionnaire dans la même impossibilité, en réalité le droit n'existe plus. Vainement l'incapable voudrait-il le céder lui-même. Sa possession, jugée illégale, lui enlèverait ce droit ; il ne peut valablement transmettre ce qu'il n'a pu légalement acquérir.

1795. — Une autre conséquence de cette règle est de placer l'incapable, contre qui la cession a été annulée, dans l'impossibilité de redemander au cédant le prix qu'il a payé. Décider le contraire serait reconnaître un effet à un acte que la loi considère comme ne devant en produire aucun, frappé qu'il est d'une nullité radicale et absolue.

D'ailleurs, les cessions de droits ligitieux se font ordinairement à forfait et sans garantie, la chance de bénéfice que court le cédant étant la juste compensation du péril qu'il court de perdre le prix qu'il paye.

La garantie eût-elle été formellement promise, la solution que nous venons de donner n'en devrait pas moins être admise. La loi ne peut pas autoriser des stipulations n'ayant d'autre objet que d'éluder ses prescriptions et de se soustraire à ses prohibitions formelles. Or, la validité de la garantie serait un encouragement à faire ce qu'elle défend dans un intérêt public et général. En effet, si l'incapable ne courait aucun autre danger que celui de ne pas réaliser le bénéfice qu'il s'était promis de son opération; si, la fraude constatée et punie par la déclaration de la nullité de la cession, il pouvait se faire rendre le prix qu'il en a donné, on ne voit pas ce qui pourrait l'empêcher de se livrer à un acte qui, pouvant lui procurer un bénéfice important, ne saurait, dans aucun cas, lui occasionner une perte.

Un recours quelconque contre le cédant violerait donc le principe qu'un acte radicalement nul ne saurait devenir le fondement d'une action judiciaire quelconque ; il deviendrait de plus un puissant encouragement à la désobéissance à la loi. Le proscrire, même lorsqu'il a été formellement stipulé, est donc un devoir pour les magistrats. Ils sauront d'autant plus le remplir, que ses résultats n'ont rien de reprochable en équité et en raison. Il est juste que celui qui n'a pas reculé devant une immoralité trouve dans la perte du prix une première peine de son indélicatesse.

1796. — Nous avons eu souvent l'occasion de rappeler que le complice de la fraude doit être solidairement tenu de la réparation du préjudice qu'elle occasionne. Doit-on appliquer ce principe à l'acquéreur d'un office qui s'est prêté, par la souscription d'un traité secret, à la dissimulation du prix réel ?

Nous avons déjà dit que le traité secret, en matière de cession d'office, était frappé d'une nullité radicale, tellement absolue, que l'acheteur peut, non-seulement se refuser à toute exécution, mais encore répéter ce qu'il a payé en vertu de ses stipulations.

L'existence du traité secret peut avoir pour cause un motif exclusivement relatif à la nécessité d'une autorisation préalable. C'est ce qui se réalise lorsque le prix n'est dissimulé que par la crainte qu'il parût trop élevé, et que le gouvernement en exigeât la réduction.

Mais cette existence peut tenir à d'autres motifs. Ainsi le possesseur de l'office n'ayant pas d'autres ressources que le prix, voulant empêcher qu'il ne soit absorbé par ses créanciers, trouvera dans un traité secret un moyen facile d'exécuter cette volonté. L'acheteur, qui s'associera à cette pensée et qui concourra à son exécution, se rend évidemment complice de la

fraude du débiteur et occasionne un préjudice incontestable aux créanciers, surtout lorsque, par la dissimulation du prix réel, ces créanciers ne reçoivent qu'un payement partiel de ce qui leur est dû.

Cette fraude est d'autant plus blâmable que, par la nature spéciale de l'objet aliéné, les créanciers sont privés d'une faculté que, dans les cas ordinaires, ils exerceraient incontestablement contre l'acquéreur lui-même. Supposez, en effet, l'aliénation d'un immeuble, le concours de l'acquéreur à la dissimulation du prix en fraude des créanciers donnerait immédiatement ouverture à l'action paulienne. Que l'effet ordinaire de cette action, c'est-à-dire la révocation de la vente, ne soit pas autorisée, on se l'explique par la nature de l'objet aliéné; mais pourquoi, le préjudice étant certain et volontairement occasionné dans les deux cas, l'acheteur de l'office serait-il affranchi de l'obligation de le réparer par une allocation pécuniaire? La loi a-t-elle donc reconnu dans une hypothèse quelconque qu'elle doit non-seulement tolérer, mais encore récompenser la fraude?

1797. — Mais l'article 1382 a fait du contraire le droit commun. Tout fait quelconque occasionnant un préjudice rend la réparation nécessaire et inévitable, et lorsqu'au lieu d'un fait simplement dommageable, indépendamment même de la volonté de son auteur, on rencontrera la fraude concertée et consommée, cette réparation serait refusée! Qu'on nous permette de le dire, une pareille solution serait impie autant qu'absurde; elle consacrerait une exception au droit commun précisément en faveur de celui qui n'a d'autres titres à invoquer qu'une violation flagrante d'une loi dont l'ordre public commande impérieusement l'exécution.

Dira-t-on que le traité secret étant nul aux yeux de la loi, l'acheteur ne doit pas réellement le supplément du prix stipulé; qu'en le soumettant à l'action des créanciers, ce serait lui imposer la nécessité de le payer, et, conséquemment, accorder un effet à un acte incapable d'en produire aucun?

Cette objection n'a aucun fondement rationnel, aucune base légale. D'abord, les créanciers ne demandent pas l'exécution du traité secret; ils n'ont aucune qualité pour cela, car, dans leur poursuite, ils agiront en leur nom personnel et non comme ayant cause de leur débiteur.

D'autre part, l'acheteur, en signant le traité secret et en concourant à la fraude de ce dernier, a commis, à l'encontre des créanciers, un acte dommageable condamné par la loi. La nécessité de réparer le préjudice naît avec le quasi-délit. C'est là une obligation personnelle indépendante de la convention et qui ne peut, dès lors, lui être subordonnée quant à ses effets.

Le traité secret est illégal! Mais on le conteste si peu, que c'est dans ce caractère même que les créanciers puiseront le droit d'obtenir la réparation du préjudice qu'ils en éprouvent. Mais est-ce que, dans toutes les autres fraudes, on ne rencontre pas cette illégalité? N'est-ce pas parce qu'il en est ainsi que l'auteur de la fraude et ses complices sont solidairement condamnés à réparer le préjudice qu'ils causent? Pourrait-on condamner celui qui, sur la poursuite dont il est l'objet, pourrait se placer sous l'empire de l'exception *feci, sed jure feci?*

Il n'y a donc de fraude possible que lorsque le fait dont on veut la faire résulter est condamné par la loi. Exciper de ce que le traité secret est dans cette catégorie, pour se dispenser d'ordonner la réparation du préjudice que les tiers en éprouvent, c'est faire résulter l'impunité du caractère pouvant seul motiver une condamnation.

Ainsi, du cédant au cessionnaire, le traité secret demeure frappé d'une nullité radicale; non-seulement on n'est pas tenu de l'exécuter, mais on peut encore revenir sur son exécution et répéter les sommes payées. Dans son application au cédant, à ses héritiers ou ayants cause, cette règle n'est qu'un hommage rendu au respect que commande la loi, qu'une juste peine contre l'audacieux qui a osé l'enfreindre.

Mais l'appliquer aux tiers créanciers, les condamner en conséquence à supporter sans se plaindre le préjudice qu'ils subissent, c'est donner à l'infraction de la loi une extension inadmissible; c'est préférer l'infracteur à ses victimes. Une peine quelconque n'est juste qu'à condition qu'elle a été méritée. Or, quels reproches peut-on faire aux créanciers frauduleusement trompés par leur débiteur? Évidemment ils sont demeurés étrangers à la fraude, ils n'ont pas dû la prévoir, ils n'ont pu l'empêcher. Comment donc les obliger à en supporter les conséquences?

Au point de vue légal, et sous l'empire du droit commun, nous arrivons donc à cette conclusion que les créanciers, en fraude des droits desquels le prix de l'office a été dissimulé, et qui ont été ainsi privés d'une partie du gage nécessaire à leur payement, sont recevables à se plaindre du quasi-délit dont ils sont les victimes; qu'ils peuvent en demander la réparation, soit contre l'auteur, soit contre son complice.

1798. — Cette solution, justifiée par les principes généraux de la solidarité entre l'auteur et le complice d'un fait condamné par la loi, consacrée par la règle générale de l'article 1382, nous paraît surtout se recommander à l'endroit de la répression de l'abus que la jurisprudence condamne avec une si juste sévérité. Du jour où le traité secret présentera un égal danger pour toutes les parties, on pourra se flatter de le voir, sinon disparaître, du moins perdre beaucoup de sa fréquence.

Or, jusqu'à présent, les rigueurs ont pris une direction unique, contre un seul intérêt, à savoir : celui du vendeur. Ainsi il ne pourra pas exiger le payement d'un prix autre que celui porté au traité public; de quelque nature que soient les titres souscrits pour le supplément, la preuve de leur véritable caractère les fera annuler. Enfin tout ce qu'il aura reçu à ce titre pourra être répété ou devra être imputé sur le prix apparent.

Tout cela, cependant, n'a pas découragé les vendeurs, et, ce qui le prouve, c'est la fréquence des espèces soumises aux tribunaux. Il ne pouvait pas en être autrement. L'intérêt qu'ils peuvent avoir à la fraude que nous indiquons compense les chances que sa réalisation leur fait courir, alors surtout qu'en exigeant le supplément en argent comptant, et en ayant soin de n'en laisser aucune trace, ils peuvent se flatter d'en rendre la preuve impossible.

Mais rien, dans cette jurisprudence, n'est dans le cas de faire reculer l'acheteur; tout, au contraire, l'engage à souscrire le traité secret qui lui est proposé. Quel risque court-il? Ses promesses! Il sera libre de ne pas les exécuter. Les titres qu'il lui faudra souscrire, les sommes qu'il payera! Il fera annuler les uns, il obtiendra la restitution des autres. Pourquoi donc refuserait-il de souscrire un traité secret livrant l'autre partie à son entière discrétion?

Du jour où ce même acheteur se trouvera placé sous le coup de l'action des créanciers, la responsabilité indéfinie qu'il sera dans le cas d'encourir, le danger qu'il courra sera de nature à lui inspirer de justes scrupules sur l'acte qu'on lui proposera d'accomplir, et à le retenir dans les limites du devoir légal que le législateur entend lui imposer; de ce jour-là aussi, les traités secrets seront plus difficiles à obtenir, surtout de la part de ceux dont la solvabilité évidente, offrant une prise certaine à l'action des créanciers, leur fera une loi de ne pas s'exposer à leurs poursuites.

Notre doctrine, on le voit, peut devenir un utile remède contre l'abus qu'il faut extirper. C'est le second terme de la proposition, dont le premier seul a été jusqu'à présent l'objet de la sollicitude des tribunaux. Décourager le vendeur, c'est bien; mais décourager le vendeur et l'acheteur, est mieux encore. On doit donc la consacrer sans hésitation, alors surtout que son caractère juridique et légal ne saurait être contesté, ainsi que nous venons de l'établir.

1799. — Les créanciers peuvent donc, lorsque la dissimulation du prix réel a un but frauduleux à leur endroit, poursuivre, non la révocation de la vente de l'office, mais la réparation pécuniaire du préjudice qui leur est occasionné. Ils le peuvent contre leur débiteur, comme auteur de la fraude; contre l'acheteur, comme complice. Cette allocation pécuniaire doit être demandée et prononcée comme dommages-intérêts, indépendamment de l'exécution du traité secret, qui ne peut être ordonnée, même à ce titre. Les sommes qui y sont portées peuvent bien devenir un élément d'appréciation des dommages-intérêts, mais le juge n'est pas tenu d'en adopter la quotité. Il peut la réduire si sa conscience lui en fait un devoir, ou l'augmenter dans le cas contraire. On sait qu'en matière de fraude, la seule règle à suivre pour la réparation est l'importance du préjudice auquel l'auteur ou le complice est tenu, *velit, nolit*.

1800. — La preuve de la complicité de l'acheteur, que les créanciers doivent rapporter, peut être fournie par témoins. Elle peut résulter de présomptions, notamment de la certitude que l'acheteur avait de la déconfiture de celui avec qui il traite. Consentir, dans ce cas, à déguiser une partie du prix et la faire ainsi arriver aux mains du débiteur, c'est évidemment la soustraire aux créanciers, c'est dès lors favoriser une fraude manifeste et en assumer la responsabilité.

1801. — Quelle que soit la cause de la dissimulation du prix, l'acheteur serait tenu personnellement si, l'ayant encore en totalité en son pouvoir, il n'avait déclaré que le prix apparent sur la saisie-arrêt poursuivie avant tout payement. La loi veut que le tiers saisi, dans la déclaration et affirmation qu'elle prescrit, énonce le montant de ce qu'il doit, indique les payements partiels qu'il a pu faire et fournisse les pièces justificatives. La fausseté de la déclaration rendant le tiers saisi débiteur personnel, l'acheteur, dont la déclaration serait prouvée incomplète, serait donc considéré comme tel, par application de l'article 577 du Code de procédure civile.

Vainement le tiers saisi prétendrait-il que, n'étant ni naturellement ni civilement tenu au payement du supplément du prix, il n'a pas dû en déclarer l'existence en ses mains. Cette objection décisive contre le vendeur, partie au traité secret, ne saurait avoir aucune force contre ses créanciers. La connaissance de ce traité ouvre à ces derniers le droit de soutenir qu'il constitue une fraude concertée contre leurs intérêts, et en conséquence la faculté de demander la juste réparation contre l'acheteur lui-même. Dès lors l'existence du traité doit leur être signalée, sauf au tiers déclarant de faire en même temps connaître sa volonté d'user du bénéfice de la loi, et de se soustraire au payement du supplément.

Cette dernière indication mettra les créanciers à même d'examiner s'ils peuvent agir en vertu de l'article 1167 et poursuivre la répression de la fraude qui leur paraîtrait exister. S'ils ne peuvent prouver cette fraude, la déclaration du tiers saisi est obligatoire pour eux. Ils ne peuvent le contraindre à payer le supplément, sauf le cas où malgré cette déclaration l'acheteur aurait réellement et ultérieurement soldé le supplément entre les mains de son vendeur.

1802. — On sait que la cession d'un office ne devient définitive que par l'approbation du gouvernement. De là cette conséquence forcée que le prix n'est dû réellement qu'à partir de l'entrée en fonctions du titulaire, en force de cette approbation. De là la difficulté de savoir si, avant la décision du gouvernement, ce prix était saisissable entre les mains de l'acheteur.

1803. — Cette question a été incidemment tranchée, lorsqu'il s'est agi de décider si la cession du prix faite par le vendeur au moment ou depuis le traité, mais avant son approbation, était ou non valable contre les créanciers. Quelques cours, partant de ce principe que jusqu'à approbation le prix est incessible et insaisissable, proclamaient la nullité de la cession. Tant que le traité, disait-on, n'a pas été régulièrement approuvé, il n'existe entre les parties qu'un projet ne conférant aucun droit susceptible d'être cédé. On ne doit pas même assimiler le vendeur à un créancier conditionnel, pouvant user de son droit, même avant la réalisation de la condition. Il y aurait, ajoutait la cour de Paris, les plus graves inconvénients à permettre au titulaire de faire disparaître à l'avance une valeur importante pouvant être le seul gage de ses créanciers, alors que ceux-ci n'ont aucun moyen de connaître l'état des choses. De pareilles cessions doivent donc être prohibées dans un intérêt public, même alors qu'aucun soupçon de fraude ne s'élève à l'égard des cessionnaires. Cet arrêt, rendu le 23 décembre 1843, avait été précédé d'un arrêt d'Angers, du 12 août 1840, jugeant dans le même sens [1].

1804. — Mais la cour d'Aix a pris l'initiative dans la consécration de l'opinion contraire, en décidant que l'acheteur d'un office pouvait valablement payer entre les mains du vendeur tout ou partie du prix, même avant l'ordonnance de nomination. D'où résulte nécessairement pour les créanciers la faculté de saisir à toute époque ce même prix.

Cet arrêt, fortement approuvé par Dalloz, qui le signale comme devant entraîner l'abandon de la doctrine opposée, fondée contrairement à notre droit sur la présomption de fraude, distingue fort juridiquement ce qui, dans la transmission d'un office, est d'ordre public, d'avec ce qui se rapporte exclusivement à l'intérêt privé. Cette distinction, la cour l'a prise dans la loi de 1816 elle-même qui, conférant la faculté de présenter son successeur, attribue par cela même au titulaire celle de traiter avec celui qui sera l'objet de cette désignation; elle conclut, de la combinaison de l'article 91 de cette loi avec les principes généraux du droit, seuls applicables tant qu'une loi spéciale n'aura pas été rendue, que la convention, intervenue entre le titulaire et son successeur désigné, constitue une obligation soumise à une condition suspensive; que cette convention devient parfaite par l'accomplissement de la condition et forme dès ce moment la loi des parties, qu'il n'est donné à personne d'annuler, si ce n'est pour les causes que la loi autorise [2].

Cette doctrine, qui nous paraît irréprochable en droit, tranche nettement la question relativement à la validité de la cession. Si le titulaire de l'office peut régulièrement toucher lui-même le prix, il peut évidemment le céder, et le transport n'est subordonné, comme le droit lui-même, qu'à la condition de l'approbation du traité par le gouvernement. Celle-ci se réalisant, ses effets remontent de plein droit au jour du traité et rendent le transfert inattaquable, aux termes de l'article 1179.

Le prix est donc cessible avant l'approbation du gouvernement. Ce qui résulte forcément de ce caractère, c'est que les créanciers sont placés à son endroit dans la position qu'ils ont à l'é-

[1] D. P., 1842, 2, 23.

[2] 8 janvier, 1841; D. P., 41, 2, 203.

gard de toutes les ressources de leur débiteur. Ils peuvent donc prendre à ce sujet toutes mesures conservatoires et notamment saisir-arrêter entre les mains du successeur les sommes qu'il a à payer, ils le peuvent dès le jour du traité de transmission.

Cette conséquence incontestable en droit atténue singulièrement en fait l'inconvénient que nous signalait tout à l'heure l'arrêt de Paris. Les créanciers peuvent empêcher, par un obstacle invincible, la disparition de cette partie plus ou moins importante de l'actif de leur débiteur. Ils sont donc coupables de négligence, s'ils omettent cette précaution dont la cour de Paris consacrait les effets, tout en contestant le droit. Ainsi que l'observe très-justement Dalloz, l'arrêt qui se déclare pour l'insaisissabilité valide cependant une saisie-arrêt d'une date antérieure à l'autorisation du gouvernement.

Il est vrai que la faculté de saisir pourra dans certains cas être impuissante, la transmission de l'office n'étant pas toujours immédiatement connue, et la cession du prix pouvant se réaliser le jour même de cette transmission et quelques heures après seulement. Mais c'est là un inconvénient qui se réalise pour tous les autres biens meubles du débiteur, même pour ses immeubles, dont il peut déléguer le prix dans l'acte d'aliénation, ou le céder sans que les créanciers chirographaires puissent contester l'une ou l'autre.

Contre ce danger, la loi n'avait à faire, pour le prix de l'office, que ce qu'elle a fait pour les autres biens, à savoir : veiller à ce que la cession ne soit pas en fraude des droits des créanciers. Ce devoir, elle l'a rempli, nous venons de le dire. L'application de l'article 1167 à la matière ne peut pas être contestée. La preuve de la fraude, que les créanciers sont recevables à faire par témoins et par présomptions, entraînerait la nullité de la cession en ce qui les concerne. Nous rappelons que, s'agissant d'un acte onéreux, cette preuve devrait établir la complicité du cessionnaire dans la fraude du cédant.

1805. — Le motif invoqué par la cour de Paris n'avait donc rien de juridique, et son arrêt, en ne pas tenant compte de la distinction signalée par la cour d'Aix, méconnaissait les principes généraux du droit et violait l'article 1179. C'est ce qui en détermina la cassation, par arrêt du 15 janvier 1845. Cet arrêt, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Delangle, et après un délibéré en chambre de conseil, donne l'adhésion la plus complète à l'arrêt de la cour d'Aix, que la cour suprême avait d'ailleurs formellement consacré, par arrêt du 8 novembre 1842[1].

Ainsi, les créanciers du titulaire d'un office ne peuvent quereller, dans le cas de transmission, ni la cession de tout ou de partie du prix, ni le payement total ou partiel, par la raison que l'un ou l'autre s'est réalisé avant l'approbation du gouvernement. Du jour du traité, le prix devient le patrimoine exclusif du vendeur, qui peut en disposer à ses plaisir et volonté, comme de toute autre propriété. Mais, de ce jour aussi, les créanciers ont la faculté de mettre le prix sous la main de la justice et d'en empêcher la disposition, en le frappant de saisie-arrêt entre les mains du successeur. Le sort de cette saisie, comme celui de la cession ou du payement, est nécessairement subordonné à l'ordonnance de nomination. Cette condition se réalisant, tout ce qui a été fait est définitif et irrévocable, à partir de la date des actes à laquelle rétroagit l'accomplissement de la condition. Dès lors, les créanciers, qui n'ont agi que postérieurement au payement ou à la notification de la cession au débiteur cédé, sont irrecevables à contester l'efficacité de l'une ou de l'autre.

1806. — Dans l'espèce jugée par la cour d'Aix, indépendamment de la question de validité des payements antérieurs à l'approbation du traité par le gouvernement, s'élevait celle de savoir si les quittances sous seing privé n'ayant acquis aucune date certaine, représentées comme justifiant le payement, pouvaient être opposées aux créanciers. Contrairement aux prétentions de ceux-ci, l'arrêt décide qu'ils ne sont que les ayants cause de leur débiteur, et qu'en conséquence les quittances ont, par rapport à eux, la même force probante qu'elles auraient contre le débiteur lui-même. Le caractère juridique de cette décision n'échappera à personne. Il est évident que les créanciers ne peuvent être distingués du débiteur que lorsque, agissant en force de l'article 1167, ils exercent une action personnelle. Lorsque la fraude n'est pas même alléguée, ou lorsque son existence prétendue a été repoussée, les créanciers ne sont plus que le débiteur lui-même, dont ils exercent les actions aux termes de l'article 1166; dès lors aussi, la conséquence qu'en tirait la cour d'Aix devenait une vérité incontestable.

C'est ce que la cour de cassation consacrait, lorsqu'elle motivait le rejet du pourvoi sur ce

[1] D. P., 42, 1, 412; 45, 1, 93; *Conf.*, Paris, 11 janvier 1851; D. P., 51, 2, 61.

que : « Les demandeurs en cassation n'ayant « fait autre chose, par leurs oppositions ou sai- « sies-arrêts, qu'exercer les droits de leur débi- « teur, ils se trouvaient nécessairement soumis « aux charges et obligations de celui-ci, et ne « pouvaient réclamer que ce qu'il aurait pu « réclamer lui-même ; que dès lors ils étaient « tenus de reconnaître la validité des paye- « ments faits entre les mains du vendeur, avant « toute opposition régulière et sans fraude, « ainsi que l'a reconnu l'arrêt attaqué. »

CHAPITRE IV.

FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION.

SOMMAIRE.

1807. — Quelles sont les fins de non-recevoir contre l'action fondée sur la fraude?
1808. — *Quid* pour la fraude déguisant la nature du contrat?
1809. — En matière de fraude à une loi d'intérêt privé?
1810. — L'erreur de droit doit-elle faire écarter la règle *nemo auditur turpitudinem suam allegans?*
1811. — Première conséquence du caractère des lois d'ordre public et d'intérêt général. — Faculté pour la partie de demander la nullité de ce qui a été fait contre leurs dispositions.
1812. — Deuxième conséquence. — Impossibilité de ratification. — *Quid* de la chose jugée?
1813. — Troisième conséquence. — Imprescriptibilité tant que l'acte n'a pas reçu son exécution. — Nature de cette imprescriptibilité.
1814. — L'exécution de l'acte fait courir la prescription contre l'action en nullité.
1815. — Point de départ, durée de la prescription.
1816. — Spécialité de la fraude contre les tiers. — Ses conséquences, quant à la chose jugée contre le débiteur.
1817. — Position exceptionnelle des créanciers hypothécaires ou privilégiés. — Étendue de leur droit.
1818. — Résumé.
1819. — Exception tirée de la ratification soit du débiteur, soit du créancier poursuivant. — Ses effets.
1820. — L'action de l'article 1167 est prescriptible. — Ses effets.
1821. — Cette prescription est-elle régie par l'article 1301?
1822. — De quel jour commence-t-elle à courir?
1823. — Fin de non-recevoir tirée de la solvabilité du débiteur. — Ses effets en la forme.
1824. — Son importance sur le fonds du litige.
1825. — Effets du payement du créancier poursuivant, offert et réalisé par le tiers défendeur.

1807. — Les fins de non-recevoir, susceptibles de faire écarter l'action en nullité ou en dommages-intérêts pour fraude, sont, comme pour le dol : la chose jugée, la ratification, la prescription.

Les détails dans lesquels nous sommes entrés à cet égard nous dispensent d'insister. Les règles tracées pour le dol, recevant, en matière de fraude, leur pleine et entière application, c'est exclusivement par leur influence que doivent se résoudre les difficultés que le reproche de fraude peut faire surgir [1].

Cela est surtout vrai pour la fraude *de persona ad personam*, c'est-à-dire celle qui, exécutée par une des parties à l'insu et au préjudice de l'autre, est assimilée au dol, en produit tous les effets, et doit dès lors en entraîner toutes les conséquences.

1808. — Il n'en est pas de même pour la simulation. Les règles qui lui sont applicables varient selon qu'il s'agit d'une simulation relative ou absolue, et, à l'endroit de cette dernière, selon que la loi violée est d'intérêt personnel et privé, ou d'ordre public et général.

La fraude, consistant à déguiser la véritable nature du contrat sous l'apparence donnée à la convention, ne donne en général ouverture à aucune action en faveur des parties, à moins, cependant, que le contrat réellement souscrit ne fût prohibé pour contravention à une loi d'ordre public. Quelles que soient les formes sous lesquelles les parties aient contracté, il suffit qu'elles eussent la faculté et le droit de faire ce qu'elles ont réellement voulu accomplir, pour que l'acte demeure inattaquable. A quoi bon, dès lors, une action pour prouver une simulation? Celle-ci admise, la convention n'en produirait pas moins tous ses effets.

Dans cette occurrence, la fin de non-recevoir, opposable à l'action de la partie, est indépendante de la chose jugée, de la ratification ou de la prescription ; elle prend sa source dans cette règle de raison et de droit : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

1809. — Dans la fraude à une loi d'intérêt privé, on arrive à un résultat identique, quoique les motifs soient différents. Les lois de cette nature sont des avantages conférés à ceux qu'elles ont pour objet de protéger. Or, sous un premier rapport, il est certain que chacun peut renoncer à un bénéfice personnel, pourvu qu'il l'ait fait spontanément et sciemment.

D'autre part, la loi ne confère une action utile qu'à celui qui est trompé ; elle n'en donne aucune à celui qui se trompe lui-même et moins encore à celui qui a voulu se tromper et être trompé. Or, telle est la position de celui qui s'oblige à faire ce que la loi défend. Il ne pourrait revenir sur ses pas qu'en confessant sa faute, qu'en s'accusant d'avoir voulu violer la loi. On serait donc fondé à lui opposer la fin de non-re-

[1] Voy. *suprà*, t. I, chap. IV.

cevoir tirée de cette autre maxime : *Nemo auditur, etc.* La loi ne doit absolument rien à celui qui l'a sciemment méconnue et violée.

1810. — Mais si celui à qui cette fin de non-recevoir est opposée justifie qu'il n'a agi que par l'ignorance la plus complète de la loi qu'on invoque, faudra-t-il accueillir l'action ? En d'autres termes, l'erreur de droit peut-elle devenir un moyen de nullité du contrat ?

Cette question a été longtemps controversée. L'argument principal des partisans de la négative se puisait dans la maxime que *nul n'est censé ignorer la loi.* Arguer de cette ignorance, c'est faire valoir une excuse qu'il n'est pas même permis d'invoquer sans contrevenir à une prescription dont l'importance sociale ne saurait être méconnue.

Oui, la règle invoquée est salutaire et juste, mais à l'endroit de ce qui concerne la loi pénale, la police générale, l'intérêt public. Toute répression serait impossible si le crime, si le délit, si la contravention pouvait se réfugier derrière le prétexte d'une erreur. La sécurité, l'ordre, la morale exigeaient le contraire, sous peine de voir le lien social se relâcher et disparaître.

Dans ce sens, la maxime citée était d'une nécessité tellement impérieuse, qu'on a dû fermer les yeux sur la hardiesse de la fiction qui lui sert de base; mais aussi elle n'a, dans ses résultats, que cette seule signification, à savoir : repousser les efforts de ceux qui, alléguant une erreur de droit, voudraient se soustraire à l'action de la loi.

Or, dit Bressoles [1], celui qui, excipant d'une erreur de droit, demande d'être relevé d'un engagement qu'il n'a souscrit que parce qu'il ignorait que la loi lui défendait de le faire, ne cherche pas à se soustraire à l'action de la loi ; il veut bien plutôt s'y conformer, en faisant annuler une convention qu'elle prohibe expressément.

La plus saine raison commandait donc de distinguer entre les matières civiles et les matières correctionnelles, criminelles ou de police. L'intérêt public, engagé dans celles-ci, demeure étranger aux premières. Pour ce qui les concerne, la fin de non-recevoir n'est que la conséquence d'un acte volontairement accompli, et elle doit être accueillie pour empêcher qu'on ne puisse contrevenir à la loi et puiser dans sa violation un titre à en éluder les conséquences. Mais si cette volonté n'a pas existé en fait ; si celui qui se plaint n'a failli que par ignorance et erreur, la présomption doit s'effacer, et la vérité, acquise et prouvée, reprendre son empire.

C'est ce qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence. Avec juste raison, on a écarté non-seulement l'empire de la règle : *Nul n'est censé ignorer la loi*, mais encore l'objection fondée sur le silence que le législateur aurait gardé à l'endroit de l'erreur de droit.

Il est vrai que celle-ci n'a pas été nommément indiquée parmi les causes viciant les conventions, mais l'article 1109 pose, comme principe général, que l'erreur donne ouverture à l'action en nullité ou en rescision. La généralité de ces termes est loin d'exclure l'erreur de droit, qui est, comme celle de fait, une erreur véritable dont les conséquences sont de nature à produire des effets également funestes, également injustes.

On pourrait donc dire que, par cela seul que l'article 1109 ne spécialise pas l'erreur de fait, il faut en conclure qu'il n'a pas entendu proscrire l'erreur de droit. Cette conséquence implicite est, d'ailleurs, conforme à la raison. Dès l'instant qu'il est admis que l'erreur seule a été la cause déterminante du contrat, on ne voit pas pourquoi la loi aurait disposé d'une manière différente, suivant qu'elle se serait produite sur le fait ou sur le droit. N'est-il pas évident, au contraire, que, dans les deux cas, c'est le consentement qui est altéré, et qu'il l'est au même titre ?

Mais on n'en est pas même réduit à cette déduction implicite. La loi a manifesté sa pensée dans les articles 1356 et 2052, seules dispositions dans lesquelles il soit question de l'erreur de droit. Le premier défend de rétracter l'aveu judiciaire, et le second, d'attaquer les transactions, sous ce prétexte. Mais si l'erreur de droit n'était jamais opposable, à quoi bon se préoccuper d'elle à propos de l'aveu judiciaire et des transactions ? Est-ce qu'il devait entrer dans la pensée de qui que ce soit de vouloir la proposer dans ces hypothèses ? Conséquemment, si la loi la proscrit pour celles-ci, c'est qu'elle reconnaît qu'en droit commun elle est proposable ; c'est qu'elle aurait pu être opposée même en matière d'aveu et de transactions, si la volonté contraire n'avait pas été expressément écrite dans les articles 1356 et 2052.

Ainsi, l'article 1109 s'applique à l'erreur de droit comme à l'erreur de fait. C'est là, au reste, un principe que notre législateur puisait dans le droit romain : *Juris ignorantia*, disait la loi,

[1] *Revue de législation*, t. XVIII, p. 175.

non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet [1].

En droit donc, la nécessité de résoudre affirmativement la question nous paraît démontrée. En fait, cette solution est loin d'offrir les inconvénients et les dangers qu'on s'est plu à lui prêter. Sans doute, rien ne sera plus facile que d'alléguer une erreur de droit; mais, contrairement à ce qu'on redoute, il ne suffira pas de se livrer à cette allégation pour qu'on doive être admis à la preuve demandée; il faudra, de plus, que l'erreur soit vraisemblable, qu'elle ne soit pas, dès à présent, démentie par les faits et les circonstances du procès. L'appréciation du tout est abandonnée aux lumières des tribunaux, dont la prudence garantit une sage et juste application du pouvoir qui leur est déféré. Ce qu'il importe d'ajouter, c'est que la preuve offerte doit avoir pour résultat d'établir que l'erreur a été la seule cause déterminante du contrat. Quelque probable, quelque vraisemblable qu'elle fût, l'erreur de droit n'est plus une cause de nullité dès que la convention pourrait avoir pour motif une obligation naturelle ou imparfaite que le débiteur aurait voulu accomplir [2].

1811. — Les lois d'ordre public et d'intérêt général sont impérieusement obligatoires pour tous. La fraude, ayant pour objet de les éluder ou violer, est donc essentiellement illicite. La volonté formelle du législateur proteste, sans cesse, contre les actes qui s'en écartent, et empêche qu'ils puissent jamais acquérir le *vinculum juris*, sans lequel, cependant, les contrats ne sauraient être exécutés. Nous avons dit déjà que la conséquence directe de ce principe est que l'acte fait en fraude d'une loi d'ordre public est atteint d'une nullité radicale, absolue, que la partie elle-même est admissible à faire prononcer.

1812. — Une autre conséquence de la même règle est que l'acte nul n'est susceptible d'aucune ratification. Celle dont exciperait le défendeur à la nullité, fût-elle expresse, ne saurait être accueillie et fonder une fin de non-recevoir contre la demande. En effet, l'acte radicalement nul n'a jamais eu d'existence légale, et on ne peut ratifier ce qui n'existe pas, ce qui n'a jamais existé. Comment, d'ailleurs, admettre qu'on puisse confirmer ce qu'on n'a pas eu le pouvoir de faire? La ratification deviendrait donc elle-même une fraude à une loi d'ordre public, et, frappée du même vice que l'acte primordial, elle devrait périr comme cet acte lui-même.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, l'impossibilité de ratifier reçoit exception, à savoir: lorsque la nullité d'ordre public se fonde sur un motif essentiellement temporaire; ce motif cessant d'exister, la convention, jusque-là prohibée, devient licite, et la faculté de la consentir d'une manière directe comporte, évidemment, celle d'atteindre indirectement au même résultat. D'ailleurs, en pareille occurrence, le contrat n'ayant d'existence obligatoire que du jour de la ratification, celle-ci est moins la confirmation de ce qui avait été fait précédemment, que le seul et véritable contrat. C'est ainsi que la renonciation à une succession future peut être valablement ratifiée après l'ouverture de la succession [3].

Quel que fût le vice réel de l'acte, la chose jugée en faveur du créancier en rendrait l'exécution inévitable et forcée, alors même qu'au fond ce vice prît son origine dans une prohibition d'ordre public ou d'intérêt général. L'erreur du juge, l'appréciation inexacte du fait, la fausse application de la loi qu'il aurait faite ne laisseraient pas que de lier la partie. La seule ressource à employer par le condamné serait l'appel dans le premier cas, le pourvoi en cassation dans le second, s'il était encore dans les délais de l'un ou de l'autre.

1813. — La troisième conséquence du principe que nous avons ci-dessus rappelé est de rendre l'action fondée sur une fraude à une loi d'ordre public imprescriptible. On ne peut acquérir le droit de violer la loi par la raison qu'on l'aurait violée plus ou moins longtemps.

Mais l'imprescriptibilité dont nous nous occupons se restreint naturellement à l'action ayant pour objet de contraindre à l'exécution du contrat. Quelque longue qu'ait été l'inaction du créancier, son silence se fût-il prolongé au delà de trente ans depuis l'acte, dès qu'il voudra s'en prévaloir et le faire exécuter, le droit d'exciper de la fraude dont il est entaché ne saurait être contesté au débiteur.

Ce résultat est acquis à ce dernier en force de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*. Aussi sommes-nous loin de restreindre notre doctrine au cas où il agit par voie d'exception. Nous les appli-

[1] L. 7, Dig., *de jur. et fact. ignor.*

Voy. Domat, *Lois civ.*, t. Ier, tit. XVIII, sect. Ire, §§ 7, 14 et 16; Pothier, *Pand. Just.*, l. 22, tit. VI, no 2; d'Aguesseau, t. V, p. 473; Toullier, VI, nos 139 et suiv.; Duranton, X, no 127; Merlin, vis *Ignorance, Erreur*, § 1; Zachariæ, I, § 28, et II, § 543, note 10.

[2] Toullier, VI, no 68.

[3] Voy. *suprà*, nos 1365, 1366.

quons, sans hésiter, à l'action principale qu'il intenterait contre le créancier en nullité de l'acte. On ne pourrait, en effet, repousser cette action comme prescrite, sans accorder à l'acte une autorité que la loi lui refuse dans tous les cas. Vainement le créancier exciperait-il de son inaction; cette inaction n'a pu lui faire acquérir un droit quelconque, pas même celui de conserver un contrat qu'il reconnaîtrait n'être en ses mains qu'une menace vaine, et que, comme tel, le débiteur a intérêt à faire anéantir.

1814. — Mais l'exécution pleine et entière que l'acte aurait reçue change la position des parties et doit, par cela même, modifier le droit. Il est incontestable que ce qui a été exécuté contre une loi d'ordre public doit être rétracté sur la demande du débiteur. On ne pouvait décider le contraire sans s'exposer à consacrer une illégalité. L'exécution n'étant que le fait des parties, on ne comprendrait pas que celui qui est incapable de consentir la violation de la loi pût, en définitive, la consacrer et la rendre irrévocable.

Ainsi, le débiteur peut répéter ce qu'il a payé en vertu d'un acte condamné par la loi; mais l'action lui appartenant ne pouvait pas être éternelle. Tant que l'acte n'a reçu aucune exécution, rien ne lui fait un devoir d'agir. Il peut donc, s'en reposant d'ailleurs sur l'exception qui lui appartiendra dès qu'il sera attaqué, s'imposer une inaction qui ne peut, dans aucun cas, lui devenir nuisible.

Mais l'exécution de l'acte fait cesser cet état de choses. Elle ne peut, en effet, se réaliser sans devenir, de la part du débiteur, une occasion de sacrifices, sans lui imposer une privation, un abandon quelconque de son patrimoine. Il est donc, dès lors, en mesure et, par conséquent, en demeure, en tant qu'il prétend user du bénéfice que la loi lui confère, de revenir sur ce qu'il a accompli. Or, la prescription exige qu'il y ait un droit compromis, que le propriétaire ait qualité pour le demander, qu'il y soit recevable. Tout cela existe après l'exécution. Ce qui était avant une simple faculté devient, après, une obligation. Le silence, insignifiant dans le premier cas, devient, dans le second, un indice de renonciation. Il fallait donc fixer un moment où cette renonciation serait de plein droit présumée, et où le bénéfice de l'exécution serait irrévocablement acquis.

Cette nécessité légale était, de plus, indiquée par la raison et l'équité; elle s'élevait jusqu'à la hauteur d'une règle d'intérêt général. Tout le monde, en effet, doit tenir et tient à ce que la propriété ne soit pas trop longtemps indécise et flottante. Permettre à celui qui a exécuté une obligation radicalement nulle de revenir perpétuellement contre cette exécution, c'était méconnaître ce besoin que, d'ailleurs, la loi a, dans tous les cas, consacré.

1815. — L'action est donc prescriptible. Aucun doute ne peut s'élever sur ce principe. Les difficultés qui peuvent en surgir ne peuvent être que des difficultés d'application. Par exemple, quel sera le point de départ et la durée de la prescription?

Le point de départ ne saurait être fixé qu'au moment où l'exécution a été complète et entière. Nous n'avons pas à insister sur ce point. Nous l'avons justifié déjà en parlant de l'usure [1], et ce que nous avons dit de celle-ci nous l'appliquons, par parité de raison, à tous les contrats faits contrairement à une loi d'ordre public.

Un pareil contrat, ne renfermant aucun lien obligatoire, ne crée ni obligation civile, ni obligation naturelle. En conséquence, ce qui a été payé en vertu de ses dispositions, l'a été en l'absence de tout droit d'une part, de toute obligation de l'autre. La restitution qui en est demandée constitue donc la répétition de l'indu, et, comme telle, cette action dure trente ans.

Sans doute ses effets, contre celui qui a indûment reçu personnellement, sont dans le cas de réfléchir contre les tiers possesseurs, ce qui pourrait susciter contre notre doctrine le reproche d'être trop sévère à leur égard. Mais ce reproche ne serait pas fondé, car si les tiers possesseurs sont de bonne foi et s'ils ont possédé pendant les délais et dans les conditions exigés par l'article 2265, ils se placeront sous l'égide de la prescription spéciale de cette disposition, et n'auront rien à redouter des recherches dont leur auteur sera justement l'objet. Si, au contraire, ils n'ont ni titre juste, ni bonne foi, leur dépossession n'est que la conséquence du vice qui leur est personnellement imputable, et contre lequel la loi ne pouvait ni ne devait les protéger.

1816. — La fraude contre les tiers se plaçant dans une catégorie spéciale, les principes ordinaires à l'endroit des fins de non-recevoir font place à des règles particulières qu'il importe de résumer.

En fait, les créanciers demeurent étrangers au jugement obtenu contre leur débiteur, cependant ce jugement peut leur être opposé. Cela tient à ce principe que les créanciers ne sont que les ayants cause de leur débiteur; qu'ils sont

[1] Voy. *suprà*, nos 1201 et suiv.

conséquemment suffisamment représentés par lui dans tous les actes ayant pour objet l'administration de sa fortune.

Les créanciers ne peuvent donc faire considérer le jugement obtenu contre leur débiteur comme *res inter alios acta,* par rapport à eux. Ils ne peuvent même y former tierce opposition, car ce droit n'appartient qu'à ceux qui n'ont pas été parties au procès et qui, devant l'être, n'y ont pas été appelés. Or, les créanciers n'ont jamais dû être mis en cause dans les litiges de leur débiteur, puisqu'ils y sont censés présents en la personne de celui-ci.

Un pareil état de choses devait appeler l'attention du législateur. Il met en effet les créanciers dans une position extrêmement critique, et les expose à être dépouillés, à leur insu et par fraude, de tous moyens d'obtenir payement de ce qui leur est dû.

Au premier indice d'une déconfiture prochaine, le débiteur, qui voudra soustraire son actif aux poursuites des ayants droit, n'aura pas de peine à s'entendre avec un tiers qui, en vertu de jugements en apparence discutés, en réalité consentis, deviendra le dépositaire de cet actif, dans le dessein de le lui conserver. Cela fait, la déconfiture sera rendue notoire, et les créanciers se trouveront en présence d'une insolvabilité ne leur laissant aucune ressource.

Une telle éventualité ne pouvait échapper aux regards, elle exigeait des précautions, et ces précautions nous les rencontrons dans le principe général de l'article 1167. Les créanciers, en invoquant le bénéfice, ne sont plus les ayants cause du débiteur. Le droit qu'ils exercent leur est personnel, et les met en conséquence en dehors des atteintes de tout ce que le débiteur a pu faire en sens contraire.

Ainsi les créanciers prétendant, en vertu de l'article 1166, exercer les actions de leur débiteur, ne peuvent récuser l'autorité des jugements prononcés contre lui. L'exception de chose jugée, opposable à celui-ci, les écarterait évidemment sans qu'ils pussent être admis à former une tierce opposition, ils ne sont que les ayants cause du débiteur.

Mais l'allégation de la fraude détermine un résultat tout opposé. Toutefois, l'action autorisée par l'art. 1167 ne va pas jusqu'à faire considérer le jugement comme une chose étrangère au poursuivant. Le jugement ne sera annulé que si la fraude prétendue est justifiée. La loi autorise donc, dans ce cas, la tierce opposition comme moyen de rouvrir les débats et de donner à la preuve de la fraude l'occasion de se produire.

1817. — Néanmoins, la règle absolue, qui rend le créancier l'ayant cause du débiteur, reçoit une exception. Nous avons déjà parlé de cette exception, lorsque nous avons établi que l'héritier lui-même cesse de l'être à l'endroit de la succession et relativement à son auteur, pour les droits qui lui sont personnels [1].

La même décision doit être prise relativement aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. En thèse générale, les uns et les autres sont représentés par leur débiteur, mais la disposition du privilége ou du droit d'hypothèque leur appartient personnellement et exclusivement. Le débiteur ne peut ni les modifier, ni les altérer sans leur participation et leur concours.

De là résulte évidemment en leur faveur le droit de former tierce opposition aux jugements qui leur préjudicieraient. Ils sont recevables à le réaliser sans être tenus d'invoquer l'article 1167 et indépendamment de toute allégation et de toute idée de fraude. Ils n'agissent pas en effet comme exerçant les droits ou les actions de leur débiteur. La personnalité du droit qu'ils discutent les rendait parties nécessaires au procès dont ce droit a été l'objet. La tierce opposition se justifie dès lors par les principes généraux et ordinaires de la matière.

Mais, dans ce cas, le créancier ne peut attaquer le jugement qu'au chef qui préjudicie à son privilége ou à son hypothèque. Toutes les autres dispositions sont forcément à l'abri de ses atteintes. Il ne pourrait les quereller que par application de l'article 1167.

Exemple : Un individu a conféré une hypothèque sur un de ses immeubles; poursuivi plus tard en délaissement de cet immeuble, il est condamné à l'abandonner.

Ce jugement anéantit le droit d'hypothèque, l'immeuble devant rentrer franc et libre aux mains du revendiquant, et, sous ce rapport, le créancier a un intérêt évident à prévenir cet effet. Il est donc recevable à former tierce opposition au jugement, s'il n'y a été ni présent, ni appelé.

Dans cette circonstance, il a la faculté de prouver qu'il n'y avait pas lieu à dépossession, car cette preuve aurait pour résultat immédiat le maintien de son hypothèque. Mais il peut également se borner à soutenir et à justifier qu'au moment où celle-ci lui a été conférée, son débiteur était propriétaire incommutable. La preuve qu'il en rapporterait, assurant son droit de suite, laisserait intact le chef du jugement ordonnant

[1] Voy. *suprà*, nos 1688 et suiv., 1755 et suiv.

la dépossession pour l'avenir ; le créancier a donc le choix entre ces deux moyens.

Mais il n'en est plus ainsi dans l'hypothèse suivante : une hypothèque a été rayée et des inscriptions ont été réalisées pour des droits nouveaux. Plus tard, un jugement, déclarant celui dont l'hypothèque a été rayée créancier légitime, ordonne la réintégration de celle-ci. Ce jugement lèserait les nouveaux inscrits en tant qu'il en résulterait une priorité de rang en faveur de l'hypothèque réintégrée. C'est donc contre ce chef seulement que ces nouveaux créanciers seraient fondés à former tierce opposition. Ils ne seraient donc pas recevables à prétendre attaquer par cette voie la disposition consacrant la qualité du créancier. Ils ne pourraient le faire qu'en faisant valoir la collusion et la fraude.

1818. — En résumé donc, les créanciers ne sont plus les ayants cause proprement dits de leur débiteur toutes les fois que, par la nature de leur créance, ils ont acquis un droit qu'il n'est plus au pouvoir de celui-ci de modifier ou de détruire. Seuls arbitres de sa conservation, ils ne peuvent le voir périr ou s'altérer malgré leur volonté et sans leur concours. Si le jugement, qui prononcerait autrement, n'est pas pour eux *res inter alios acta*, s'ils ne peuvent par conséquence en récuser absolument l'autorité, ils sont au moins recevables à le frapper de tierce opposition et à acquérir ainsi le moyen de se défendre utilement avant d'être condamnés.

Hors cette hypothèse, et toutes les fois que la créance n'a aucune affectation spéciale, le jugement intervenu contre le débiteur oblige et celui-ci et ses créanciers qu'il a valablement représentés. Ceux-ci peuvent donc, en vertu de l'article 1166, émettre appel ou se pourvoir en cassation, comme aurait pu le faire le débiteur lui-même. Mais ils ne sont recevables à le frapper de tierce opposition que s'ils l'attaquent comme ayant été rendu et obtenu en fraude de leurs droits.

L'obligation de prouver cette fraude est une conséquence de l'action. La fraude peut consister non-seulement dans la collusion ayant créé un droit qui n'a jamais existé, mais encore dans l'omission d'un moyen de défense péremptoire, comme si le condamné avait négligé de se prévaloir d'une quittance ou d'un jugement précédent ayant acquis en sa faveur l'autorité de la chose jugée.

1819. — Il en est de la fin de non-recevoir tirée de la ratification du débiteur, comme de celle basée sur la chose jugée. Ainsi, opposable aux créanciers agissant en vertu de l'article 1166, elle pourrait être écartée par l'exception de fraude autorisée par l'article 1167.

L'exception de ratification pourra prendre naissance dans des actes ou des faits personnels au créancier poursuivant, comme si, avant l'action, il avait expressément ou tacitement approuvé ou exécuté l'acte dont il poursuit l'annulation. L'exception, dans ce cas, serait péremptoire. et son existence admise deviendrait un infranchissable obstacle. Ce qui est certain, c'est que généralement la ratification qu'on imputera au créancier sera plutôt tacite qu'expresse. A cet égard, nous nous en référons aux observations que nous avons déjà présentées sur les caractères que doit offrir la première. On doit d'autant plus les exiger à l'endroit du créancier, que l'action révocatoire ne lui est ouverte que lorsqu'il est certain qu'il ne peut être payé autrement. Les actes faits pour arriver à ce payement doivent tout d'abord être interprétés dans ce sens qu'ils n'ont pour objet que l'admissibilité de l'action par la constatation de l'impossibilité de ce payement. Il serait injuste d'opposer, comme exécution et ratification, des actes dont l'absence donnerait naissance à une fin de non-recevoir. C'est dans ce sens que la cour de cassation a expressément décidé que le créancier inscrit, qui n'a pas fait de surenchère, ou qui a saisi-arrêté le prix, ou requis sa collocation, n'est pas censé reconnaître la sincérité de la vente, et ne se rend pas non recevable à l'attaquer pour cause de dol ou de fraude [1].

Il est inutile d'observer que la ratification imputée au créancier n'est jamais opposable qu'à celui dont elle émane. Elle resterait sans effet aucun contre ceux qui, sans y avoir participé, viendraient en leur nom quereller l'acte.

Il est vrai que, sans l'invoquer précisément comme fin de non-recevoir, le défendeur ne manquera pas de s'en prévaloir à titre de considération, mais, à cet égard même, nous lui contestons toute efficacité. La conduite du créancier ratifiant peut tenir à des causes que ceux qui les connaissent se garderont bien de divulguer. Peut-être même la ratification dont on excipe n'est-elle due qu'au payement intégral de son auteur, de l'assentiment duquel on a pu vouloir se faire une arme contre les autres créanciers.

Conséquemment, accorder une autorité quelconque à un acte de ce genre, c'est en réalité s'exposer à protéger la fraude se couvrant d'une fraude nouvelle, s'abandonner dans tous les cas à un guide facilement trompeur. Les tribunaux

[1] Voy. *suprà*, n° 1435.

doivent donc se tenir en garde contre des allégations dont il ne leur est pas permis de juger avec certitude le véritable caractère, et ne faire aucun compte, dans la recherche qui leur est confiée, des conventions que la partie intéressée n'a pu ni contrôler ni empêcher.

L'exception de ratification peut donc être opposable aux uns, et ne pas l'être aux autres, mais un pareil résultat est peu présumable à l'endroit de la prescription de l'action. La déconfiture du débiteur étant le point de départ commun du délai suffisant pour l'acquérir, il est peu présumable que l'action ait péri pour les uns, et qu'elle se soit conservée pour les autres.

1820. — Quoi qu'il en soit, la prescription du droit conféré par l'article 1167 n'a rien d'odieux dans son principe. Ce qui eût été étrange, c'est que le droit de propriété, c'est que toutes les actions étant susceptibles de prescription, on eût consacré une exception en faveur de celle des créanciers contre la fraude dont ils ont pu être la victime.

Il n'est donc pas étonnant que la pensée de revendiquer cette exception ne soit entrée dans l'esprit de personne. Les seules difficultés que la question de prescription a fait naître se réfèrent à la durée du délai et à son point de départ.

1821. — On a prétendu, quant à la durée, qu'elle devait être régie par l'article 1304. L'action des créanciers, a-t-on dit, est une action en nullité, elle doit dès lors être nécessairement comprise dans les termes généraux et absolus de cette disposition.

Une pareille décision est repoussée en droit et en fait, elle n'a pas même le mérite de définir exactement le caractère de l'action des créanciers.

Cette action a pour effet plutôt la réparation du préjudice résultant d'un fait illicite, que la nullité proprement dite de l'acte intervenu entre les parties, et la preuve, c'est que, par rapport à elles, l'acte continue d'exister. La nullité ne s'entend que de ce qui concerne le préjudice souffert, de telle sorte qu'après le jugement faisant droit à la demande du créancier, le payement de ce qui lui serait dû empêcherait tout effet ultérieur, et l'acte n'en continuerait pas moins de subsister entre les parties, la loi n'ayant nullement entendu les relever de leurs engagements respectifs.

Est-ce là, nous le demandons, la rescision et la nullité dont s'occupe l'article 1304? Si peu évidemment, que cette disposition n'est faite que dans l'intérêt des parties. Voyez en effet les causes dont elle fait résulter soit la nullité, soit la rescision! C'est d'abord la minorité, l'interdiction, le mariage. Mais quelle influence pourrait exercer sur l'acte l'une de ces qualités, si celui qui se trouverait dans le cas de l'invoquer n'avait pas été partie dans l'acte? Évidemment le cas prévu par l'article 1304, de minorité, d'interdiction, de femme mariée, se restreint à ceux et pour ceux qui, coopérant au contrat, n'avaient pas la capacité de le consentir.

Jusqu'ici donc, la nullité de l'acte provient d'un défaut de consentement valable, ce qui ne peut évidemment concerner que les parties. Il est facile de reconnaître que le même motif a présidé à la consécration des autres causes de nullité ou de rescision. Ainsi la violence, l'erreur ou le dol vicient le consentement qu'ils empêchent d'être valable [1]. L'article 1116 ajoute que le dol n'est une cause de nullité que lorsque les manœuvres ont été pratiquées par une des parties contre l'autre. Il ne faut donc pas en douter, la nullité dont s'occupe l'article 1304 est exclusivement celle fondée sur le vice du consentement, et, par cela même, exclusivement réservée en faveur des parties contractantes.

Ajoutons que cet article est placé sous la section 7, *de l'Action en nullité ou en rescision des conventions*. De là cette conséquence que nous venons de voir résulter de son texte : que, pour se placer sous l'empire de sa disposition, il faut de toute nécessité avoir été partie au contrat. Donc on ne saurait l'opposer aux créanciers, pas plus qu'ils ne pourraient l'invoquer eux-mêmes. Ils n'ont pas été parties au contrat, ils n'y ont pas consenti, ils n'ont donc pas à faire rétracter leur consentement sous prétexte d'incapacité, de violence, d'erreur ou de dol, seules hypothèses prévues par le législateur.

Ainsi réduite à ses véritables termes, la disposition de l'article 1304 a un caractère frappant de justice et de raison. Se taire pendant dix ans sur l'incapacité dont on était frappé, sur une violence ou sur un dol dont on a été victime, sur une erreur à laquelle on a cédé, alors surtout que ces dix ans ne courent que du jour où l'incapacité a disparu, ou de celui de la cessation de la violence, ou de la découverte de l'erreur, c'est évidemment annoncer l'intention de renoncer à s'en prévaloir jamais; c'est manifester la volonté de couvrir le vice de l'acte. Aussi, est-ce cette double présomption qui fait le fondement de la prescription de l'article 1304. L'une et l'autre peuvent-elles se supposer chez le créan-

[1] Art. 1009 du Code civil.

cier indignement trompé? L'affirmative arriverait à ce résultat possible que l'action du créancier se trouverait prescrite avant même qu'il en eût connu l'existence.

En droit donc, l'action autorisée par la loi, et dont l'article 1304 règle la durée, n'a rien de commun avec celle que les créanciers puisent dans l'article 1167; celle-ci n'a pas même pour objet la nullité ou la rescision de l'acte, elle s'en propose uniquement la révocation dans l'intérêt exclusif du poursuivant. Dès lors elle ne peut, quant à la prescription, être régie par le premier de ces articles. Tout ce qu'on doit induire du silence gardé sur son extinction par l'article 1167, c'est que le législateur s'en est référé au principe général de l'article 2262. La durée de l'action révocatoire est donc de trente ans [1].

Le reproche qu'on adresserait à cette solution, de laisser la propriété trop longtemps en suspens, manquerait de justesse. Nous l'avons déjà dit, l'action paulienne n'affecte les biens qu'en tant qu'ils se trouvent encore dans les mains de celui qui a traité avec le débiteur. Le tiers auquel il les aurait revendus est non-seulement admissible à exciper de l'article 2265, mais il est, en outre, inattaquable, quelle que soit la date de son titre, s'il a agi de bonne foi et dans l'ignorance de la fraude à laquelle son vendeur a participé. Le caractère personnel de l'action des créanciers, l'absence de tout droit de suite sur les immeubles ne lui permettent pas de faire un obstacle quelconque à la libre disposition des biens. Elle n'est menaçante que pour les auteurs et les complices de la fraude. Il n'y a donc aucune sévérité à leur laisser la responsabilité de leur mauvaise foi pendant les trente ans nécessaires pour prescrire.

1822. — De quel jour ce délai commencera-t-il à courir? En général, la prescription ne commence à courir que du moment où celui qui l'a laissée s'accomplir, ayant capacité d'agir, a été en demeure de le faire. Évidemment, si cette double condition se réalisait au moment de l'acte même, c'est à sa date que se réfère l'origine de la prescription.

Or, telle n'est pas la position du créancier en fraude des droits duquel un acte a été consommé. En effet, son absence forcée le mettra bien souvent dans le cas d'ignorer l'existence de cet acte, ce que la partie ne peut jamais alléguer.

D'ailleurs, la connaissance qu'il en aurait ne le met pas en demeure d'agir. Toute action de sa part serait irrecevable, si les ressources restant au débiteur étaient suffisantes pour le désintéresser.

L'impossibilité d'agir exclut donc toute idée de négligence : *Contra non valentem agere, non currit præscriptio.* Cette règle d'équité, qu'on applique sans hésiter au cas d'interruption ou de suspension, doit surtout être appliquée lorsque l'inaction reprochée n'est due qu'à l'absence légale du droit de se plaindre. C'est ainsi que l'avaient compris les jurisconsultes romains. Ils ne faisaient courir le délai de la prescription de l'action paulienne que du jour *quo experiundi potestas fuerit.*

Cette solution est celle qu'on doit suivre encore sous l'empire du Code. L'économie de ses dispositions sur la prescription ne permet pas d'admettre qu'il ait eu la pensée de la faire courir lorsque l'ayant droit est, en fait ou en droit, empêché d'agir.

Il suit de là que le créancier, étant recevable à quereller l'acte dès que l'insolvabilité du débiteur l'a mis dans l'impossibilité d'être payé, se rend coupable de négligence s'il n'agit pas. Conséquemment, c'est du moment où la preuve de l'insolvabilité est acquise qu'on doit faire partir le délai de la prescription.

1823. — Il résulte, de ce qui précède, qu'indépendamment de la chose jugée, de la ratification, de la prescription, l'action du créancier est susceptible de rencontrer une fin de non-recevoir tirée de la solvabilité du débiteur. Nous l'avons déjà dit, l'action révocatoire n'est que subsidiaire. Si le payement qu'elle a pour objet d'assurer peut être fait par les ressources que le débiteur a conservées ou qu'il a acquises depuis l'acte, il n'est pas permis au créancier de faire révoquer cet acte.

En conséquence, le bénéficiaire pourra donc toujours exciper de la réalité des unes ou des autres, et forcer même le créancier poursuivant à les discuter. L'exception de discussion serait un obstacle à l'action que les tribunaux devraient consacrer, à moins que l'état des biens, comparé à l'état hypothécaire, n'établît d'une manière évidente et actuelle l'insolvabilité du débiteur [2].

Comme fin de non-recevoir en la forme, l'exception de solvabilité n'est que dilatoire. Ainsi, l'action du créancier ne serait pas repoussée, mais elle demeurerait suspendue jusqu'à l'événement de la discussion. Elle deviendrait péremp-

[1] Paris, 11 juillet 1829; Toulouse, 13 janvier 1834; Riom, 3 août 1840; J. D. P., t. I, 1841, p. 339.

[2] Voy. *suprà*, nos 1562 et suiv.

toire et absolue, si cet événement amenait le payement de celui qui poursuivait la révocation.

1824. — Mais l'exception de solvabilité du débiteur peut devenir une fin de non-recevoir foncière d'une importance décisive, surtout en ce qui concerne la complicité de celui qui a traité avec le débiteur.

Pour le débiteur lui-même, la fraude ne se présume que suivant l'influence que l'acte qu'il consent exerce sur sa solvabilité. Or si, indépendamment de ce qu'il aliène, il lui reste une fortune suffisante ou au delà pour désintéresser tous ses créanciers, l'acte consacrant une aliénation partielle ne pourra que très-difficilement paraître frauduleux. La preuve qu'il ne l'était pas s'induirait assez de ce que les biens conservés le rendaient fort indifférent pour les créanciers. Il faudrait donc que ces derniers prouvassent, par la fréquence et la succession des aliénations postérieures et rapprochées, que ce premier acte n'est que le commencement d'exécution d'un projet dès lors arrêté, et suivi depuis, dans le but de devenir insolvable, en apparence du moins.

Mais c'est surtout en faveur du tiers que l'exception de solvabilité du débiteur est dans le cas d'exercer l'effet décisif le plus rationnel. Pour que sa complicité soit admise, il faut qu'il n'ait pas pu raisonnablement ignorer la volonté de celui avec qui il traitait de se soustraire au payement de ses dettes, qu'il se soit prêté à sa consommation. Qu'on la reproche donc à celui qui traite avec un insolvable notoire, on le comprend; qu'on l'admette contre celui qui, connaissant l'existence de nombreux créanciers, paye immédiatement, et sans formalités, le prix de son acquisition entre les mains du débiteur ou se prête à en dissimuler une partie, c'est là un fait qui n'a rien d'extraordinaire, rien qu'on puisse réellement blâmer.

Mais le tiers qui a traité avec un homme solvable ou qui, connaissant de nombreux créanciers, a, en même temps, su ou pu savoir que l'actif restant à son débiteur suffisait à les désintéresser, celui-là, disons-nous, ne peut être, en aucune façon, présumé s'être prêté à une fraude qu'il devait d'autant moins soupçonner, qu'elle était même sans cause au moment où il traitait.

En d'autres termes, la volonté de la part du débiteur de se rendre insolvable constitue, dans la matière, la véritable *causa simulandi*. Cette cause existe lorsque l'aliénation querellée a eu évidemment le résultat indiqué. On peut donc plus facilement admettre la fraude.

Mais lorsque l'aliénation a été sans influence immédiate sur la solvabilité du vendeur; lorsque celui-ci, après la vente, est resté ce qu'il était avant, c'est-à-dire en position d'éteindre ses dettes intégralement, cette cause n'existe plus. Il faut donc en revenir à la doctrine du cardinal Deluca, et dire que, dans cette hypothèse, la fraude ne doit être admise que sur des preuves évidentes et certaines, *probationes certæ et expressæ* [1].

La bonne ou la mauvaise foi des parties doit être appréciée au moment du contrat. Elle ne peut dépendre des événements qui se sont plus tard réalisés et dont la responsabilité ne pourrait, sans injustice, peser sur l'une d'elles. La certitude des ressources restant au débiteur après l'acte, celle de leur suffisance à l'endroit des créanciers sont donc une fin de non-recevoir au fond que le tiers invoquerait utilement comme devant faire repousser la demande en ce qui le concerne.

1825. — Dans tous les cas, ce tiers a le moyen de déterminer ce résultat, en désintéressant le poursuivant. L'offre qu'il en ferait, sa réalisation, serait mieux qu'une fin de non-recevoir; elle anéantirait toute action en enlevant tout intérêt à sa poursuite.

[1] Voy. *suprà*, no 1429.

FIN.

TABLE DES CHAPITRES

DU TOME SECOND.

DEUXIÈME PARTIE.

(SUITE.)

DE LA FRAUDE.

(Suite.)

CHAPITRE II. — Fraudes contre la partie (suite). . . . . Page 1
Section IV. — Fraudes dans le louage. . . . *Ib.*
Section V. — Fraudes dans les sociétés. . . . 16
Section VI. — Fraudes dans les prêts. . . . 28
Section VII. — Fraudes dans les mandats. . 61

DE LA SIMULATION.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES. 80
CHAPITRE I. — Simulation pure et simple du contrat. . . . . Page 80
CHAPITRE II. — Fraude concertée contre la loi. 91
CHAPITRE III. — Fraude contre les tiers. . . 134
Section I. — Origine, nature et caractère de l'action. 135
Section II. — Condition de l'action. 137
Section III. — De la preuve. 143
Section IV. — A quels actes s'applique l'action. 149
§ 1. — Du mariage. . . . . *Ib.*
§ 2. — Successions. 177
§ 3. — Des donations. 211
§ 4. Emprunts et ventes. 248
CHAPITRE IV. — Des fins de non-recevoir contre l'action. 274

FIN DE LA TABLE DU TOME SECOND.

TABLE

GÉNÉRALE ET ALPHABÉTIQUE

DES MATIÈRES.

N. B. Les chiffres indiquent les numéros d'ordre.

A

Absent. — L'héritier présomptif de l'absent peut-il désavouer l'enfant né pendant l'absence? Voy. *Désaveu*.

Acquéreur. — Fraudes qui peuvent lui être imputables, voy. *Vente*.

Acte sous seing privé — Effets de la simulation de la date de l'acte sous seing privé, 1273. — *Quid* en cas de dénégation de l'écriture ou de la signature? 1274. — Caractère de la reconnaissance de l'acte sous seing privé, 1275. — Pour que l'acte sous seing privé puisse faire foi de la date entre parties, il faut que celui qui l'a souscrit n'ait pas acquis depuis peu, ou n'ait pas perdu dans l'intervalle, la capacité de contracter, 1276. — Application de cette règle aux divers incapables, 1277 et suiv. — Les termes de l'article 1322, *ayant cause*, concernent-ils les successeurs à titre particulier? 1280 et suiv.

Action. — Différence entre l'action en répression des délits d'avec celle en réparation du dol, 18. — Caractère de celle ouverte au mineur en nullité du traité qu'il a fait avec son tuteur sans les formalités de l'article 472 du Code civil, 151. — Utilité de ce caractère relativement aux donations entre-vifs ou testamentaires faites par le mineur à son tuteur, 153. — A qui appartient l'action en nullité ou en restitution, en matière de contre-lettres à une cession d'office? par quel délai se prescrivent ces deux actions? 1311. — Fondement de l'action conférée à la femme en révocation de l'aliénation de sa dot, 1329. — A quelle époque cette action est-elle recevable? 1330. — Elle passe aux héritiers de la femme, 1331. — *Quid* des créanciers du mari, de la femme ou de ses héritiers? 1342 et suiv. — Point de départ et délai de la prescription, 1348 et suiv. — L'action des héritiers en nullité d'une substitution fidéicommissaire peut être exercée par leurs créanciers, ses caractères, 1628 et suiv.

Action en dommages-intérêts, voy. *Dommages-intérêts*.

Action en nullité. — L'action en nullité est exclusivement dévolue à celui qui a été victime du dol ou de la fraude, elle passe à ses héritiers et peut même être exercée par ses créanciers, 271 et suiv. — Contre qui l'action en nullité ou en rescision doit-elle être poursuivie? 299. Voy. *Action*.

Action en réduction. — L'action des réservataires, en réduction des libéralités excessives, peut être exercée par leurs créanciers, 1695. — Elle ne peut l'être par les légataires qu'à l'égard des libéralités faites aux enfants adultérins ou incestueux, 1696.

Action en rescision, voy. *Rescision*.

Action révocatoire. — Caractère de l'action paulienne, 1408 et suiv. — Son origine en droit romain, 1405 et suiv. — Modification que lui fit subir notre ancien droit, 1412. — Doctrine du Code, 1415. — Conditions pour pouvoir l'exercer, 1416 et suiv. — L'antériorité de la créance n'est pas toujours requise, 1419 et suiv. — L'action autorisée par l'article 1167 appartient indistinctement à tous les créanciers, 1433 et suiv. — Contre qui doit-elle être exercée? 1436. — Durée de l'action des créanciers, 1535. — L'action de l'époux, en révocation des actes frauduleusement consentis par son conjoint, passe à l'héritier, 1538.

Adjudicataires. — Personnes incapables de devenir adjudicataires, motifs de la prohibition, 702. — Par qui peut être invoquée la nullité de l'adjudication rapportée par l'incapable? 703. — L'interposition de personnes obéit-elle, dans ce cas, au principe de l'article 911 du Code civil? 709.

Adultère. — Gravité de l'adultère, sévérité des anciennes législations, 835. — Est une cause de séparation de corps, différence, quant à ce, entre l'adultère de la femme et celui du mari, 836. — Il n'est pas nécessaire que la preuve en soit acquise au moment de la demande en séparation de corps, 837. — L'adultère n'autorise le désaveu que s'il est accompagné du recélé de la naissance, comment doit-on entendre celui-ci? 861 et suiv.

Agents de change. — Nature de la prohibition faite par les articles 85 et 86 du Code de commerce aux agents de change et courtiers, 710. — Peine encourue, en cas de contravention, 711. — L'opération illicite n'est pas frappée de nullité, par quels motifs? 712. — Dans quels cas la nullité pourra être ordonnée? 713. — La nullité opposable à l'agent de change peut être opposée à celui qui lui aurait été frauduleusement substitué, 714. — L'agent de change qui garantit la solvabilité de l'acheteur, moyennant un ducroire, contrevient-il aux articles 85 et 86? 715. — Par quel délai se prescrit la contravention à la prohibition de la loi? 716.

Aliénation. — Caractère, en droit romain, de l'aliénation générale des biens à l'endroit de l'action paulienne, 1447. — En droit français, elle est une présomption de fraude, 1448. — Peu importe qu'elle ait été réalisée par un seul ou par plusieurs actes successifs, 1449. — L'aliénation faite par le donateur, par suite de la réserve qu'il s'en est faite dans la donation, peut être querellée par le donataire, 1704

et suiv. — Effets de l'aliénation postérieure à la donation, son importance au point de vue des articles 1082, 1084 et 1086 du Code civil, 1714 et suiv. — Peut-on déroger à l'article 1083 et convenir que le donateur ne pourra aliéner à titre onéreux les biens qu'il donne dans les conditions de cet article? Effet de cette clause à l'égard des tiers, 1715 *bis*.

Assurances maritimes. — L'assurance faite dans les conditions de l'article 348 du Code de commerce est présumée frauduleuse, 186. — Nécessité et sagesse de cette disposition, 187. — Son origine, 188 et suiv. — La présomption est acquise, même en cas d'absence de toute intention frauduleuse, par le fait de la réticence, de la fausse déclaration ou de la différence, 191 et suiv. — Les difficultés d'application se rapportent donc uniquement sur la réalité du fait et sur l'influence qu'il a exercée sur le risque, 195. — Faits constituant la réticence ou la fausse déclaration, 196 et suiv. — Différence entre l'omission et la fausse déclaration, 211. — Effet du remplacement du capitaine désigné, 212. — *Quid* s'il a été stipulé ou tout autre pour lui? 213. — Cas dans lequel l'omission du lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées n'annule pas l'assurance, 214. — Effet de la déclaration fausse ou inexacte à cet égard, 215. — Nécessité de déclarer tout ce que le navire fera pendant le voyage, ainsi que toutes les circonstances de la navigation connues au moment du contrat, 216 et suiv. — Effet de l'omission de l'indication du moment où le risque commence et où il finit, 223. — La présomption de l'article 348 du Code de commerce est *juris et de jure* et dans l'intérêt exclusif de l'assureur, 225 et suiv. — C'est à celui-ci à prouver le fait dont il excipe, mode de preuve admissible, 228. — Impossibilité pour l'assuré de prouver outre et au delà de la police d'assurance, 229.

Aveu. — L'aveu de la partie sur la simulation du titre forme-t-il un commencement de preuve par écrit? 244. — La cause indiquée dans l'aveu comme réelle et légitime doit-elle être admise ou bien peut-on diviser l'aveu? 245 et suiv. Voy. *Commencement de preuve*.

Avoué. — Principe et étendue de la responsabilité des avoués, 494 et suiv. — L'avoué répond même de sa faute légère, 496. — Dans quelles circonstances doit-on appliquer cette responsabilité, 497. — L'avoué répond des personnes qu'il s'associe ou se substitue, *quid* de l'huissier qu'il emploie? 498. — Dans quelles circonstances et à quelles conditions l'avoué peut-il être condamné à des dommages-intérêts? 499. — Répond-il des conséquences du conseil qu'il a pu donner? 500. — L'avoué peut-il être condamné sans avoir été mis en cause? 501. — *Quid* en cas de désaveu? 511. — Effet du silence qu'il garde sur la proposition qui lui est faite de se charger d'une cause, 1211.

B

Bail. — La femme est-elle fondée à obtenir contre les tiers la nullité du bail de ses biens paraphernaux consenti par le mari seul? 1539. — Le bail légalement consenti par l'usufruitier est exécutoire pour le nu propriétaire, 1716. Voy. *Louage*.

Bailleur. — Obligations et droits du bailleur, voy. *Location*.

Banquier. — Caractère et légalité des droits que le banquier perçoit indépendamment de l'intérêt légal, voy. *Usure*.

Biens communs, voy. *Mari et femme*.

Biens dotaux, voy. *Dot*.

Bonne foi. — Nécessité de la bonne foi dans les conventions, 1. — Pourquoi le législateur n'a pas considéré comme moyens de nullité tout ce qui s'écarte de la stricte bonne foi? 20.

C

Capitaine. — Nécessité pour l'assuré d'indiquer le nom du capitaine, effet de l'omission ou de la fausse déclaration à cet égard, voy. *Assurances maritimes*. — Position et responsabilité du capitaine, voy. *Mandat*.

Captation. — Effet de la captation à l'endroit des libéralités, 389. — Doutes que le silence du Code avait fait naître, 390. — La captation peut être prouvée par témoins, 391 et suiv. — Distinction entre la captation licite ou illicite, 392. — Le concubinage fait-il présumer celle-ci? 393. — Comment s'apprécie la gravité des faits, caractère qu'ils doivent offrir pour faire ordonner la preuve, 394 et suiv. — Effets de la preuve sur la libéralité, 400. — L'action en captation est-elle recevable contre la donation entre-vifs? 403.

Cautionnement. — La vente du fonds dotal peut-elle être valablement cautionnée, notamment par la femme elle-même et sur ses biens paraphernaux? 1333 et suiv. — Le cautionnement d'une dette de jeu est-il licite et obligatoire? voy. *Jeu*.

Chose jugée. — Caractère de l'autorité attachée à la chose jugée, 419. — Conséquence, quant à l'erreur commise en jugement, 420. — Le dol crée une exception au privilége admis en cette matière, conséquence, 421. Voy. *Requête civile, Prise à partie*. — Caractère de la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée, conséquences, 515 et suiv. — Conditions exigées pour qu'il y ait chose jugée, 517. — Jugements susceptibles de la créer, 518 et suiv. — Le jugement interlocutoire sur un point peut être définitif sur un autre, conséquences, 524. — A quelle époque les jugements définitifs ont-ils acquis l'autorité de la chose jugée? 525 et suiv. — Jugements rendus en pays étrangers, 529. — La chose jugée ne peut résulter que du dispositif, 530. — L'identité d'objet est une condition indispensable, 531 et suiv. — L'objet est le même si, après avoir succombé sur la demande du tout, on réclame une partie; *quid* de l'hypothèse inverse? 534 et suiv. — Le jugement au possessoire ne crée aucun préjugé sur le pétitoire, 536. — Que faut-il entendre par la partie réclamée? 537. — La chose jugée n'existe que si les deux demandes ont une cause identique, dans quelles hypothèses reconnaîtra-t-on cette condition? 538 et suiv. — Différence entre la cause et les moyens, 543. — La chose jugée sur un moyen l'est pour tous les autres, 544 et suiv. — Utilité de la distinction à l'endroit de la nullité des actes, 546. — Classement à faire pour la solution de la difficulté, 547. — La chose jugée exige que les parties soient les mêmes et qu'elles agissent en la même qualité, 548. — Manières diverses d'être partie dans un procès, 549 et suiv. — *Quid* de l'instance jugée en faveur ou contre l'héritier apparent? 568. — Mode d'appréciation de la chose jugée, 569. — La chose jugée contre le débiteur est-elle opposable aux créanciers? 1816. — Position exceptionnelle des créanciers hypothécaires ou privilégiés, 1817.

Commencement de preuve. — Le commencement de preuve rend, dans tous les cas, la preuve orale admissible, 730. — Sa définition, 731. — Nature de la règle posée par l'article 1347 du Code civil, exceptions dont elle est susceptible, 732. — Droit ancien et nouveau sur les livres et registres des marchands, 733 et suiv. — Les copies des titres peuvent servir de commencement de preuve, 735. — Interrogatoire des parties, 736 et suiv. — Leur aveu, ou déclarations fournies contradictoirement à l'audience, 738 et suiv. — Peut-on diviser les uns et les autres, lorsqu'il ne s'agit que de la vraisemblance du fait allégué? 740 et suiv.

— Refus de comparaître ou de répondre, obscurité calculée des réponses, 742. — Les aveux et déclarations faits en justice de paix sont assimilés à ceux faits devant les tribunaux ordinaires, 743. — La loi exigeant seulement que l'écrit émane de la partie, conséquence quant à sa forme, 744. — L'écrit non reconnu ne peut créer le commencement de preuve qu'après vérification, 745. — Catégories diverses des écrits invoqués, 746. — Les registres et livres des marchands se placent dans celle des écrits rédigés mais non signés par la partie, 747. — L'article 1330 est-il applicable à la recherche du commencement de preuve? 748. — Actes sous seing privé ne réunissant pas les conditions exigées par les articles 1325 et 1326 du Code civil, 749 et suiv. — L'acte authentique, nul pour incompétence de l'officier qui l'a reçu ou pour violation des formes, peut servir de commencement de preuve, s'il est signé par toutes les parties, 756 et suiv. — Ce commencement peut également résulter de lettres missives, exemple, 758. — L'écrit émané de l'auteur de la partie est censé émaner de celle-ci, 759.— *Quid* de celui provenant du mandataire? 760. — Arrêt de Toulouse faisant résulter le commencement de preuve des registres d'un notaire, 761. Voy. *Filiation*.

Commis voyageurs. — Nature des pouvoirs des commis voyageurs; effet des engagements qu'ils contractent, voy. *Mandat*.

Complicité. — Caractère et effet de la complicité dans le dol ou la fraude, arrêt notable de la cour d'Agen, 86 et suiv.

Concubinage. — L'existence du concubinage fait-elle présumer la captation illicite? voy. *Captation*.

Concussion, voy. *Prise à partie*.

Connaissement. — Effet de la différence entre le connaissement et la police d'assurance, voy. *Assurances maritimes*.

Contrainte par corps en matière civile. — Coup d'œil historique sur la contrainte par corps sous les législations antérieures au Code, disposition de celui-ci, 327 et suiv. — Faculté conférée par l'article 126 du Code de procédure civile, modification créée par cette disposition à l'ordonnance de 1667, 329 et suiv. — Peut-elle être prononcée pour la restitution de la valeur de la chose dont le transfert est annulé? 331. — Exception à la faculté de décerner la contrainte, 333 et suiv. — Durée de la contrainte par corps en matière civile, 335.

Contrefaçon. — La contrefaçon des marques de fabrique, l'usurpation du nom du fabricant, la fausse indication du lieu de la production, est assimilée à la tromperie sur la nature de la chose, 960.

Contre-lettre. — La contre-lettre dissimulant le prix d'une vente est-elle valable? 1296 et suiv. — *Quid* des contre-lettres en matière de cession d'office? 1301. — La qualité des parties influe-t-elle sur le sort de ces contre-lettres? 1303. Voy. *Action* et *Office*. — Contre-lettre aux conventions matrimoniales, voy. ces mots.

Conventions matrimoniales. — Caractère des conventions matrimoniales, conséquences de la fraude, 775. — Facilité que rencontre celle-ci, moyens de la prévenir, 776. — Irrévocabilité des stipulations du contrat, 777. — Conditions pour la validité des modifications consenties avant la célébration du mariage, nullité absolue de celles qui suivraient cette célébration, 778 et suiv. — Difficultés pouvant surgir, comment elles doivent être appréciées? 783 et suiv. — Le Code civil n'a pas consacré le principe du droit ancien, n'annulant les changements que lorsqu'ils empiraient le sort de la dot, 786. — Mais on doit toujours distinguer le changement prohibé de la modification résultant de l'exécution naturelle de l'obligation, 787. — Application de cette règle à la renonciation du père ou de la mère à un avantage de leur contrat de mariage, en faveur de leurs enfants, à la dation d'une hypothèque non stipulée, 788. — Les tiers parties au contrat de mariage sont régis par les mêmes principes que les époux et leurs parents, 789. — La demande en nullité des contre-lettres et des changements illicites peut être intentée par la partie elle-même, 790 et suiv. — L'action est imprescriptible pendant la durée du mariage, 792. — Les conventions et les avantages obtenus par dol ou fraude peuvent être révoqués sur la poursuite de l'époux trompé, 713.

Corruption des experts, voy. *Requête civile*.

Courtiers, voy. *Agents de change*.

Créanciers. — Ont le droit d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, 1403 et suiv. Voy. *Détournement, Dot, Séparation de biens*. — Peuvent faire annuler la renonciation de la femme à la communauté, 1530. — Ce droit appartient aux créanciers personnels de l'héritier de la femme, 1532. — Les uns et les autres peuvent-ils quereller l'acceptation faite par la femme ou ses héritiers? 1533. Voy. *Partage, Succession, Usufruit*.

D

Déclaration. — Effet de la fausse déclaration dans le contrat d'assurances, voy. *Assurances maritimes*.

Déconfiture. — Effet de la déconfiture du commerçant à l'endroit de la présomption de fraude en faveur des créanciers, 1442 et suiv.

Dédit. — Le dédit stipulé dans une promesse de mariage est frappé de nullité, 1353. — Admissibilité de la preuve orale pour en prouver le véritable caractère, s'il a été stipulé sous la forme d'une obligation pure et simple, 1354 et suiv.

Déni de justice, voy. *Prise à partie*.

Désaveu. — Dans quel cas le mari peut-il désavouer l'enfant? 840 et suiv. — Effet du désaveu par rapport à l'enfant? 842. — Exceptions qu'il pourra opposer à l'action, dans l'hypothèse d'une naissance précoce, 843 et suiv. — L'enfant qui n'est pas né viable ne peut pas être désavoué, 849. — A quelles conditions peut-on désavouer l'enfant conçu et né pendant le mariage? 857 et suiv. — L'action en désaveu est recevable avant qu'il y ait chose jugée sur l'adultère, mais celui-ci n'est pas la conséquence du recélé de la naissance, 870 et suiv. — Procédure que doit suivre le mari, 873. — L'action en désaveu lui est personnelle, 874. — Quand se transmet-elle aux héritiers, et quels sont ces héritiers? 875 et suiv. — L'héritier présomptif de l'absent peut-il désavouer l'enfant né depuis l'absence? 877 et suiv. — *Quid* du tuteur de l'interdit? 880 et suiv. — Les fins de non-recevoir opposables au mari le sont à ses héritiers, 883 — L'héritier qui aurait personnellement reconnu la légitimité de l'enfant n'est plus recevable à le désavouer, 884. — Délai accordé soit au père soit à l'héritier, point de départ, 885 et suiv. — Déchéance, si le désaveu régulièrement intenté n'est pas suivi d'une action en justice dans le mois de la notification, 888. — Quelles personnes sont parties dans l'action en désaveu? 889. — Effet de la naissance tardive, voy. *Contestation de légitimité*.

Détournement. — Son caractère, 899 et suiv. — Différence entre le détournement, le recélé et l'omission d'indication à l'inventaire, 901. — Caractère de la tentative de l'un ou de l'autre, 902. — Pouvoir du juge dans l'appréciation des faits constitutifs, 903. — Effet du détournement par la femme, 904 et suiv. — La poursuite appartient exclusivement au mari ou à ses héritiers, 908. — Le détournement par le mari ou ses héritiers motiverait la révocation de la renonciation à la communauté, 909. — L'époux convaincu

de détournement perd-il les droits qu'il aurait sur les objets soustraits non-seulement comme commun, mais encore comme donataire de son conjoint? 910. — Le détournement qui ne peut être poursuivi criminellement contre l'époux peut l'être contre les complices, 911. — Effets du détournement commis par le copartageant, 925 et suiv. — Y a-t-il détournement dans la détention d'effets portés à l'inventaire, 930 et suiv. — Le détournement opéré du vivant de l'auteur est assimilé à celui qui serait exécuté après sa mort, 932. — L'exagération du passif constitue le détournement punissable, 933. — L'auteur du détournement ou du recélé peut, indépendamment de la perte de sa portion, être condamné à des dommages-intérêts, 934. — *Quid* si celui qui a détourné est encore mineur? 936. — Le détournement de l'actif à la dissolution du mariage est la fraude la plus dangereuse pour les tiers, 1518. — Son caractère et ses effets à l'endroit de la femme dotale ou commune en biens, 1520 et suiv. — Effets du détournement commis par le mari ou ses héritiers, 1523. — Peut-on cumuler les peines portées par la loi et une allocation de dommages-intérêts? 1524. — Les héritiers du mari peuvent, en cas de détournement par la femme, ne pas faire prononcer la nullité de la renonciation qu'elle aurait faite à la communauté, 1526. — Mais elle n'en est pas moins considérée comme commune à l'égard des créanciers, 1527. — Doit-on considérer comme détournement la fausse supposition de créances à la charge de la succession? 1529. Voy. *Renonciation*. — Le détournement n'en est pas moins punissable, qu'il ait été commis avant ou après la mort du conjoint, 1536.

Dettes. — Nullités des dettes contractées pendant le mariage par la femme seule, 807. — Les dettes résultant des nécessités du ménage se placent dans une catégorie spéciale, 808 et suiv. — L'article 1410 du Code civil rend inutile toute antidate dans le but de faire considérer les dettes de la femme comme antérieures au mariage, 810. — Le mari, qui a payé des dettes non justifiées aux termes de cet article; ne peut en exiger récompense, 813 et suiv. — Le payement après condamnation de la femme donnerait-il lieu à récompense? 815.

Dol. — Rôle du dol dans les conventions, 2. — Causes de son développement, 3. — Motifs de la sévérité que le législateur a déployée dans sa répression, 4. — Différence entre le dol et la fraude, 12. — Définition du dol en droit romain, 14 et suiv. — Dans quels cas le dol dégénère-t-il en délit? 17. — A quelles conditions doit-on en admettre l'existence, 21 et suiv. — Distinction en droit romain entre le dol bon ou mauvais, 42 et suiv. — Cette distinction se retrouve dans notre droit, mais à l'endroit de la fraude, 45. — Le dol ne peut être que personnel, 46. — Existait-il en droit romain un dol réel? 47 et suiv. — Comment se prouve le dol? 106 et suiv. — Ses effets, 261 et suiv.

Dol accidentel. — Ses caractères, 66. — Exemples, 67 et suiv. — Le dol accidentel n'est constitué que par l'emploi de manœuvres, 69. — Nécessité de la distinction entre la lésion et le dol pour les ventes mobilières, 74. — Exemples de dol sur la qualité annulant le contrat, 75 et suiv. — Effets du dol accidentel, 264 et suiv.

Dol direct. — Le dol direct est celui qui émane personnellement de la partie, 78. — *Quid* de celui commis par le mandataire? Voy. *Mandat*.

Dol indirect. — Caractère et exemples du dol indirect, 84.—Effets du dol substantiel indirect dans les traités, 265.

Dol négatif. — Caractère du dol négatif, 94 et suiv. — Exemples puisés dans divers arrêts fort remarquables, 96 et suiv. — Espèces de dol négatif consacrées par l'article 348 du Code de commerce, 100.

Dol positif. — Ses caractères, difficulté de son appréciation lorsqu'il se produit par paroles seulement, 89 et suiv. — Appréciation et conséquences du mensonge le constituant, 93.

Dol postérieur au contrat. — Origine, nature et caractère du dol postérieur au contrat, 101 et suiv. — Peut naître à la suite d'une simulation licite, 103.

Dol présumé. — Diverses hypothèses dans lesquelles le dol est de plein droit présumé, 109 et suiv. Voy. *Assurances maritimes, Incapables*. — Le dol est toujours présumé dans les libéralités faites aux personnes désignées dans l'article 909 du Code civil, 161. — Nature de cette présomption, 176. — Exceptions qu'elle comporte, 177 et suiv.

Dol substantiel. — Sa nature et ses effets, 50 et suiv. — Obligations de celui qui en allègue l'existence, 52. — Exemples de dol portant sur le consentement, 55 et suiv. — Dol sur la capacité des parties, 57. — Dol sur la matière du contrat, exemples, 61 et suiv. — Dol sur la cause de l'obligation, 64.

Dommages-intérêts. — Objet de l'allocation des dommages-intérêts, qui peut la réclamer? 300. — L'étendue de la condamnation est laissée à la prudence du juge, 301. — Maximum déterminé par le droit romain, principes à consulter sous l'empire du Code, 302 et suiv. — En quoi consistent les dommages-intérêts dans le cas de faute, de fraude ou de dol, 304 et suiv. — Intérêts moratoires, exceptions à la règle de l'article 1153 du Code civil, 313. — Peut-on, outre les dépens de l'instance, condamner le plaideur téméraire à une allocation pécuniaire? 319 et suiv. — Contre qui l'action en dommages-intérêts doit-elle être poursuivie? 322. — Ses conséquences en matière de vente d'objets mobiliers, 323. — La condamnation est solidairement prononcée contre tous ceux qui y sont tenus comme auteurs ou complices, 324 et suiv. — Elle peut être prononcée avec contrainte par corps, 329.

Don mutuel. — Le don mutuel et réciproque par un seul et même acte est nul, 1656. — Y a-t-il don mutuel et réciproque lorsque les époux, vendant un immeuble de la communauté, en laissent le prix à rente viagère réversible en tout ou en partie sur le survivant? 1657.

Donateur. — L'époux donateur n'est pas recevable à quereller de simulation la donation par lui consentie, 1675. Voy. *Donation*.

Donation, voy. *Libéralités*. — Les donations autorisées par l'article 1422 peuvent-elles être valablement faites aux personnes réputées interposées? 827.

Donation contractuelle. — Conditions indispensables pour que la donation soit considérée comme faite en vue du mariage, 1474. — Droits des créanciers et des héritiers dans le cas de fraude de la part du donateur, 1717. — Droits des premiers dans l'hypothèse de fraude concertée entre le donateur et le donataire, 1718.

Donation déguisée. — La donation déguisée, en l'absence de toute incapacité, est valable, 1264 et suiv. — Est-elle affranchie de la révocation pour survenance d'enfants? 1266. — Quelle est dans ce cas la preuve admissible pour établir le véritable caractère de l'acte? 1267. — Durée de l'action, 1268. — Ses conséquences, à l'endroit des tiers détenteurs, 1249. — Facilité qu'ont les époux de se faire des donations déguisées ou par personne interposée, 1666. — Ces donations sont frappées de nullité absolue, 1677 et suiv.

Donation entre époux. — Faculté illimitée qu'ont les époux de se donner par contrat de mariage, 1645. — Exceptions que cette règle comporte, 1646 et suiv. — Suspicion qui s'attache aux donations entre époux pendant le mariage, leur révocabilité absolue, 1649 et

suiv. — La femme peut les révoquer sans autorisation, 1652. — Sont-elles révoquées par survenance d'enfants? 1653. — Formes de l'acte révocatoire depuis la loi du 21 juin 1843, 1654. — Véritable caractère de la donation entre époux faite pendant la durée du mariage, 1655.

Donation indirecte. — La donation indirecte entre époux n'est valable que dans les limites des articles 1094 et 1098 du Code civil; caractère de ces dispositions, 1658. — De quels actes peut résulter la donation indirecte entre époux? 1659 et suiv. — Il y a donation indirecte dans l'adoption de la communauté en cas d'inégalité dans l'apport respectif, 1663. — Effet de cette adoption pour les enfants d'un premier lit, 1664. — Comment s'opère la réduction qu'ils sont dans le cas d'obtenir, 1665. — La donation indirecte faite au mépris de l'article 1099 du Code civil est réductible, 1676.

Dot. — Fraudes dont la constitution de la dot est susceptible, 794. — Obligation pour le mari de poursuivre la rentrée de la dot, sa responsabilité, 795. — La quittance d'une dot non reçue constitue une libéralité; ses effets à l'égard des réservataires et des créanciers, 796. — La quittance d'une dot non reçue peut, si le mariage n'a pas été célébré, être annulée sur la preuve écrite de la simulation, 797. — La quittance de la dot, sous pacte secret de se contenter d'une moindre somme, oblige à la restitution de la somme quittancée, 798. — Il en est de même de la quittance donnée *spe futuræ numerationis*, 799. — La contre-lettre expliquant la quittance ne serait pas opposable à la femme, 800. — *Quid* si le mari avait reçu en payement des effets du constituant? 801. — La quittance par le père de l'époux de la dot touchée par celui-ci pourrait être attaquée comme constituant une libéralité, 802. — Origine et effets de l'inaliénabilité de la dot, 1312. — Son caractère, 1313. — Nature de la nullité, ses conséquences à l'endroit de l'acquéreur du fonds dotal, 1314 et suiv. — Droits de celui-ci suivant qu'il a connu ou non la dotalité, 1316 et suiv. — *Quid* si l'aliénation a été frauduleusement concertée entre les époux? 1318. — Qui peut poursuivre la nullité d'une aliénation dotale? 1319 et suiv. — Le mari, héritier de sa femme, est-il recevable à demander en cette qualité la révocation de l'aliénation qu'il a lui-même consentie comme époux? 1321 et suiv. — Nature et étendue de l'obligation de restituer le prix, 1326. — Exception que le mari peut invoquer, 1328. Voy. *Action, Cautionnement, Femme mariée, Stellionat.* — La constitution de dot par le père peut être querellée par les créanciers, comme faite en fraude de leurs droits, 1467. — Système du droit romain et de notre ancien droit sur les effets de la fraude, 1468 et suiv. — Doctrine adoptée sous le Code par la cour de cassation, 1470 et suiv. — Les créanciers du mari peuvent-ils attaquer la reconnaissance ou la quittance de la dot? 1477. — *Quid* de la quittance concédée pendant la durée du mariage? 1478.

Droits litigieux. — Personnes auxquelles il est prohibé d'acquérir des droits litigieux, 704. — Que faut-il entendre par procès, droits ou actions litigieux? 707. — Qui peut poursuivre la nullité de la cession? 708. — En pareille matière, l'interposition de personne obéit-elle aux règles de l'article 911 du Code civil? 709.

E

Échange. — L'échange est régi par les principes de la vente, 979. — Droit que confère à l'échangiste la découverte que la chose qui lui a été remise n'appartenait pas au copermutant, 980 et suiv. — Effets légaux de la rescision prononcée sur ce motif, quant à la revendication de la chose donnée par le poursuivant, 983 et suiv. — La ratification du véritable propriétaire n'empêcherait pas la rescision, mais elle influerait sur les dommages-intérêts, 984 et suiv. — En quoi consistent ceux-ci? Peuvent-ils être cumulés avec la reprise de la chose? 976 et suiv. — En quoi consiste le dédommagement, si le poursuivant renonce à cette reprise? 988. — Exclusion de l'action en lésion dans l'échange, motifs, 989. — La fraude fait exception à cette règle, 990. — Il en est de même si le contrat qualifié échange n'est qu'une vente, 991. — A quels caractères se reconnaîtra cette simulation? 992 et suiv.

Effets publics, voy. *Jeu.*

Empêchement de tester. — Législations anciennes sur l'empêchement de tester, conséquence du système consacré par le Code, 404 et suiv. — Ses effets à l'endroit de l'héritier testamentaire, 406. — Nature de l'action qui en naît, 407. — Caractère de ce dol, pertinence des faits tendant à l'établir, 408. — Par qui et à qui sont dus les dommages-intérêts? 409 et suiv.

Emprunts. — Facilités que les emprunts présentent pour frauder les créanciers, 1735. — Leur effet en matières commerciales, précautions prises à cet égard, 1736 et suiv. — Modifications introduites par la loi de 1838, 1738. — Effets de la poursuite personnellement intentée par un créancier, 1739. — Effets et caractère de la simulation dans les emprunts en matière civile, 1740. — Cette simulation peut être opposée par les créanciers postérieurs à la date de l'emprunt, 1741.

Enfant adultérin. — L'enfant adultérin ou incestueux ne peut être reconnu, 1370 et suiv. — La recherche de la maternité est interdite lorsqu'elle doit divulguer une naissance adultérine ou incestueuse, 1373. — La reconnaissance illégale ne peut nuire ni profiter à l'enfant, conséquences, 1375 et suiv. — Dans le cas de la découverte accidentelle du vice de la naissance, toutes les donations reçues par l'enfant doivent être réduites, 1384. — Nature des droits qu'il est appelé à exercer dans la succession de ses père et mère, 1697.

Enfant incestueux, voy. *Enfant adultérin.*

Enfant naturel. — Position des enfants naturels sous l'empire des anciennes et de la nouvelle législation, 1369 et suiv. — Leurs droits, 1385. — Peuvent être valablement reconnus, de quelle manière? 1386. — La femme mariée peut réaliser cette reconnaissance sans avoir besoin d'autorisation, 1387 et suiv. — La reconnaissance valablement faite est irrévocable, 1390. — L'enfant est libre d'en récuser le bénéfice; doit-il, dans ce cas, prouver la fausseté de la déclaration? 1391 et suiv. — Effets de la reconnaissance définitivement acquise, 1396. — L'enfant naturel reconnu ne peut rien recevoir au delà de ce qui lui est réservé par l'article 757 du Code civil, 1397. — Droit des héritiers de poursuivre la nullité ou la réduction de tout avantage indirect, 1398. — Le père est-il recevable à poursuivre la nullité des actes qu'il aurait simulés pour avantager l'enfant naturel? 1399. — *Quid* du légataire universel? 1400.

Erreur. — Quelle est l'erreur donnant ouverture à la nullité du mariage? 348 et suiv.

Erreur de droit. — Celui qui a concouru à une simulation peut-il se prévaloir de sa turpitude, sous prétexte d'erreur de droit? 1810.

Exécution. — L'exécution occulte, donnée par le débiteur aux aliénations qu'il consent, peut faire présumer la fraude contre ses créanciers, 1454. Voy. *Ratification tacite.*

Experts. — La fraude des experts chargés de déterminer le prix d'une vente peut-elle nuire ou profiter aux parties? 971 et suiv. — A quels caractères reconnaîtra-t-on cette fraude? 976.

F

FAILLITE. — Les faillites admettent, dans plusieurs cas, la présomption de fraude, 721. — Nature de cette présomption, suivant qu'il s'agit d'actes antérieurs ou postérieurs au jugement déclaratif, 722. — Distinction à faire pour ces derniers, 723. — Effets de la présomption, 724.

FEMME MARIÉE. — Les engagements souscrits par la femme, sans l'autorisation de son mari, sont présumés frauduleux, 133. — Quel est le sort des acquisitions que la femme soutient avoir réalisées pendant la durée du mariage? 701. — Fraudes que la femme peut commettre, 804 et suiv. — La femme, tenue de son dol, l'est de sa fraude; application de ce principe à la vente du fonds dotal concertée entre les deux époux, 831. — Exceptions qu'elle peut invoquer dans ce cas, 832 et suiv. — A quelle époque peut être exercée l'action soit du mari, soit de la femme? 834. Voy. *Détournement, Renonciation, Séparation de biens.*

FIDÉICOMMIS TACITE. — Le fidéicommis tacite peut avoir pour objet de favoriser un incapable, 1612. — Double forme qu'il peut revêtir, 1613. — Ses effets avant et depuis le Code, 1614 et suiv. — Son existence peut être prouvée par témoins, caractère que la preuve doit offrir, 1616 et suiv. — Le fidéicommis tacite est valable si l'appelé est capable de recevoir, 1624. — Dans le cas de fraude de l'intermédiaire choisi, l'appelé est recevable à prouver oralement l'existence du fidéicommis et sa destination, 1625 et suiv. — Effet de la donation résultant du fidéicommis tacite, 1670.

FIDUCIE. — Caractère de l'institution fiduciaire, ses effets, 1601. — La fiducie n'exclut pas la disposition en faveur du grevé d'une quotité soit en fruits, soit en fonds, 1602. — Effets du prédécès de l'appelé, 1603. — Droit ancien sur les circonstances caractérisant la fiducie, 1604 et suiv. — Que doit-il en être sous l'empire du Code? 1607 et suiv. — La simple fiducie ne peut être recueillie par l'incapable, 1611.

FILIATION. — L'enfant, à qui on a enlevé sa filiation, est admis à la réclamer s'il a une preuve littérale ou tout au moins un commencement de preuve, 892. — Ce qui, dans cette hypothèse, constitue ce commencement de preuve, 893.

FIN DE NON-RECEVOIR. — Il ne suffit pas qu'une demande soit fondée, il faut encore qu'elle soit recevable, 512. — Nature des fins de non-recevoir, distinction, 513. — Nomenclature, 514. — Quelles sont les fins de non-recevoir contre la fraude? 1807. — En matière de simulation ou de violation d'une loi d'intérêt privé? 1808. — L'erreur de droit peut-elle relever de la maxime *nemo auditur, etc...?* 1810. — Aucune fin de non-recevoir n'est opposable dans le cas de fraude à une loi d'ordre public, 1811 et suiv. — L'exécution donnée à l'acte donne ouverture à la prescription de l'action, point de départ et durée de cette prescription, 1815. Voy. *Chose jugée, Prescription, Ratification.*

FRAUDE. — Nature de la fraude, ses caractères, 640 et suiv. — Diverses espèces de fraude, 642. — Preuve admissible, objet qu'elle doit se proposer, 643 et suivants.

FRAUDE CONTRE LA LOI. — Effet de la fraude contre la loi, 1287. — Difficulté qu'elle fait surgir, 1288. — Distinction pour juger si la preuve orale est ou non admissible, 1289 et suiv. — Importance de cette distinction à l'endroit des articles 1131 et 1132 du Code civil, 1295.

FRAUDE CONTRE LA PARTIE CONTRACTANTE. — Définition de la fraude contre la partie, 770. — Rapports et différence entre elle et le dol, 771. — La fraude, poussée jusqu'à de certaines limites, constitue des délits et des crimes, 772. — La fraude assimilée au dol est régie par les règles tracées pour celui-ci, 773.

FRAUDE PRÉSUMÉE. — Nature et motif de la présomption de fraude, 645. — Divers cas de fraudes présumées, 646 et suiv. Voy. *Agents de change, Courtiers, Faillite, Incapables, Jeu, Libéralité, Marchandise, Société universelle, Stellionat, Succession future, Vente entre époux.*

G

GARDE-MALADE. — L'incapacité édictée par l'article 909 du Code civil contre les chirurgiens, médecins, etc..., s'étend-elle à la garde-malade? 168.

H

HÉRITIERS. — L'héritier du mineur peut-il poursuivre l'action en nullité du traité intervenu au mépris de l'article 472 du Code civil? 151 et suiv. — L'héritier du mineur est recevable à attaquer le testament fait par celui-ci, contrairement à l'article 907 du Code civil, 154. — A faire annuler la libéralité consentie par le mineur dans les mêmes circonstances, 155 et suiv.

HUISSIER. — L'huissier étant, comme l'avoué, le mandataire de la partie, la loi lui rend communes les dispositions des articles 232 et 1031 du Code de procédure civile, 502. — La condamnation de l'huissier aux frais de l'acte nul est-elle facultative? 503. — L'huissier n'est tenu que de son fait personnel, importance de cette règle dans ses relations avec l'avoué, 504 et suiv. — Cas divers d'application de la responsabilité des huissiers, 507 et suiv. — L'huissier ne doit pas être condamné sans avoir été entendu, 509. — Durée du mandat de l'huissier, 510.

I

IMPUISSANCE. — Différence entre l'Église romaine et l'Eglise française sur les effets de l'impuissance sur le mariage, 357 et suiv. — La nullité du mariage contracté par l'impuissant serait juste; motifs qui la firent repousser par les auteurs du Code, 360 et suiv. — *Quid* de l'impuissance accidentelle? 362 et suiv. Voy. *Désaveu.*

INCAPABLE. — Personnes incapables de contracter, 110. — Principe de l'incapacité des condamnés pour crime, 112. — La convention souscrite par un incapable est présumée frauduleuse, 109. Voy. *Femme mariée, Interdit, Médecin, Mineur, Ministre du culte, Tuteur.*

INCAPACITÉ. — Effet de l'incapacité de la partie, si le poursuivant capable l'a connue ou ignorée, 58 et suiv. — La fraude déguisant une incapacité viole une loi d'ordre public, 1350.

INDICATION. — Effet de la fausse indication du lieu de production des objets vendus, voy. *Contrefaçon.*

INEXÉCUTION. — L'inexécution par le donataire des conditions de la donation peut constituer une fraude contre ses créanciers, 1719 et suiv. — Droits de ceux-ci d'empêcher la révocation, leur obligation dans ce cas, 1722.

INGRATITUDE. — La révocation de la donation pour cause d'ingratitude ne saurait être empêchée par les créanciers du donataire, 1723. — Faits constituant l'ingratitude, 1724 et suiv.

INSANITÉ D'ESPRIT, voy. *Libéralité, Captation.*

INTENTION. — La préexistence de l'intention de contracter ferait exclure, en cas de dol ou de fraude, l'action en nullité, mais non celle en dommages-intérêts, 32.

INTERDIT. — L'interdit est assimilé au mineur, 128. — Les actes qu'il contracte après l'interdiction ne peuvent jamais être validés, 129. — Les actes antérieurs sont présumés valables, 131. — Dans quels cas ad-

met-on la présomption contraire? 132. — Le tuteur de l'interdit peut-il désavouer l'enfant né depuis l'interdiction? Voy. *Désaveu*.

Intérêt, voy. *Usure*.

Intérêts compensatoires. — Différence entre les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires, 318. Voy. *Dommages-intérêts*.

Intérêts moratoires, voy. *Dommages-intérêts*.

Interposition de personne. — Cas dans lesquels l'interposition de personne est de plein droit présumée, voy. *Médecin, Ministre du culte*. — *Quid* pour les donations entre époux? 1666. — C'est par l'état des choses au moment de la donation que la question d'interposition doit se résoudre, 1667. — Les ascendants de l'époux sont-ils compris dans la catégorie des personnes interposées? 1668. — Faculté de prouver dans tous les cas et par tous les modes l'interposition alléguée, 1669.

J

Jeu. — Différence entre la dette de jeu et la dette dolosive, 185. — La dette de jeu est présumée frauduleuse, 660. — Difficulté que présente cette présomption dans son application aux paris sur la hausse ou la baisse des effets publics, 661. — A quel caractère doit-on reconnaître le jeu en cette matière, 662. — Avantages de l'article 422 du Code pénal sur la législation précédente, nature et origine de celle-ci, 663. — Inconvénients du système actuel, 664. — L'appréciation de la légalité de l'opération est abandonnée à la prudence du juge, 665. — Application de ces principes au jeu sur marchandises, caractères spéciaux à celui-ci, 666 et suiv. Il n'y a réellement opération illicite que lorsque le jeu est concerté et consenti par toutes les parties, conséquences, 669. — La dette de jeu doit être annulée, sous quelque forme qu'elle ait été déguisée, 670 et suiv. — Exceptions consacrées par l'article 1965 du Code civil, leur caractère, 672 et suiv. — La faculté de rejeter la demande n'emporte pas celle de la réduire, 674. — Ce qui a été payé ne peut être répété que dans les cas prévus par l'article 1967 du Code civil. — Nature de cette disposition, 675 et suiv. — Le tiers ayant payé la dette du perdant a-t-il contre celui-ci l'action en remboursement? 675. — *Quid* si ce tiers a été le mandataire du perdant et a joué pour lui? 678.

Jouissance. — L'abus de jouissance, que commet le donateur sous réserve d'usufruit, est une fraude, ses effets, 1706 et suiv. Voy. *Louage, Usufruit*.

Jugement. — Influence du jugement correctionnel sur le délit à l'endroit de l'action en réparation du dol, 19. Voy. *Chose jugée*.

L

Légitimation. — La légitimation par mariage subséquent peut n'avoir d'autre motif que d'obtenir frauduleusement la révocation d'une donation précédemment consentie, 1700. — Droits du donataire, 1701 et suivants.

Légitimité. — La légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage peut être contestée, 850 et suiv. — A qui appartient l'action en contestation de légitimité? 855. — Différence entre cette action et celle en désaveu, 856. — La légitimité peut être la conséquence de l'action de l'enfant en suppression de part, 858.

Lettre de change. — Le souscripteur d'une lettre de change peut prouver par témoins les simulations lui enlevant un ou plusieurs des caractères essentiels à sa perfection, 1284 et suiv.

Libéralité. — Nullité des libéralités faites par un malade à son médecin, chirurgien, etc., pendant sa dernière maladie, 183. — Ces libéralités doivent être annulées, encore qu'elles aient été déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, 184. — Importance du droit de disposer de ses biens, 366. — Mais ce droit doit être l'expression d'une volonté libre, conséquences quant aux libéralités arrachées par le dol, 367 et suiv. — Quant à celles consenties dans un état d'insanité d'esprit, 370. — Fondement de l'article 901, son application aux libéralités, 371 et suiv. — L'insanité d'esprit fait présumer la suggestion, 375. — Peut être prouvée par témoins, caractère et conditions que la preuve demandée doit offrir, 376 et suiv. — Législation ancienne et moderne sur les intervalles lucides, 381. — *Quid* si la libéralité est postérieure à l'interdiction? 382 et suiv. — La libéralité faite à un incapable est présumée frauduleuse, 551. — Simulation que cette règle suggérera, 552. — Motifs, caractère et fondement de cette présomption, 553 et suiv.

Liberté. — Les lois concernant la liberté individuelle sont d'ordre public, conséquences quant à la fraude ayant pour objet de les éluder ou de s'y soustraire, 1350.

Louage. — But et objet du louage, fraude dont il est susceptible dans son origine ou dans son exécution, 994 et suiv. — Obligation du bailleur de livrer la chose, 996. — La location de la chose d'autrui est nulle, effet que produit la menace d'éviction, 997 et suiv. — Droit du preneur s'il a consenti des anticipations, 999. — Danger que court le communiste louant seul la chose commune, 1000. — L'usufruitier, le mari ou le tuteur louant les biens dont il a l'administration ou la jouissance, doit indiquer sa qualité; effet de l'omission, 1001 et suiv. — Effet de la fraude consistant à louer deux fois la même chose ou dans le défaut d'indication, en cas de vente, de l'existence du bail, 1003 et suiv. — Obligation dérivant du principe que le bailleur est tenu d'assurer la jouissance au preneur, 1005 et suiv. — A défaut de délivrance, le bail est résilié, si le preneur l'exige, sans qu'on puisse le faire s'il en demande l'exécution, 1009 et suiv. — A la charge de qui sont les réparations? Durée fixée pour celles que le propriétaire doit faire, 1011 et suiv. — Effet de la responsabilité du bailleur quant aux vices cachés, 1814 et suiv. — Etendue de la jouissance conférée au preneur, effet de la prohibition de sous-louer, 1020 et suiv. — Cette prohibition n'est pas violée si la sous-location n'est que l'accessoire forcé d'une obligation légitime, 1025 et suiv. — Obligation du preneur de conserver les lieux ou d'en maintenir la destination, 1028 et suiv. — Il doit les exploiter jusqu'à la fin, 1030. — L'interdiction de changer la destination n'a pas besoin d'être exprimée, 1031 et suiv. — Le développement qu'un fait, même imprévu, imprime à l'exploitation d'une carrière, constitue-t-il un changement de destination? 1034. — L'ensemble de ces principes régit le louage des biens ruraux, 1035. — Devoir du fermier pour l'administration et la conservation de l'intégralité de la propriété, 1036 et suiv. — Cas dans lesquels la fraude du fermier revêt le caractère d'un délit, 1040. — Conséquences de l'obligation de représenter à la fin du bail les capitaux attachés à l'exploitation, 1041 et suiv. — Règlement des malfaçons, 1044. — La contrainte par corps est facultative pour assurer la restitution des capitaux, 1045. — Nécessité de garnir l'immeuble, étendue de cette obligation quant aux biens ruraux, 1046 et suiv.

Louage d'industrie. — Principes régissant le louage d'industrie, 1049 et suiv. — Responsabilité du locateur, difficulté sur les effets de la réception, 1051 et suiv. — Caractère de celle-ci, 1053 et suiv.

M

Mandat. — Caractère et importance du mandat, 1205. — Facilités qu'il offre à la fraude, conséquences, 1206 et suiv. — Obligations que crée l'acceptation du mandat, 1209. — Formes de l'acceptation, peut-elle résulter du silence gardé sur la proposition? 1210. — *Quid* pour les avoués, notaires, commissionnaires? 1211. — Obligations en cas de refus, conséquences de l'acceptation, 1212 et suiv. — Exception à la règle que le mandat accepté doit être accompli jusqu'à révocation, 1214 et suiv. — Le mandat doit être strictement suivi pour les qualité, quantité et pour le prix, *quid* si celui-ci est dépassé? 1217 et suiv. — Cependant la détermination du prix n'exonère pas du devoir d'acheter à un prix moindre, s'il y a possibilité, 1220. — Le mandataire doit rectifier l'erreur évidente du mandant, 1221. — Il doit administrer fidèlement et en bon père de famille, 1222 et suiv. — Il doit entreprendre l'opération au moment même de l'acceptation et tenir le mandant au courant de toutes ses phases, 1225 et suiv. — Faute que le mandataire peut commettre, 1227. — Sa responsabilité à l'égard des tiers, 1232. — Obligation de rendre compte, son étendue, 1233 et suiv. — Obligations du mandant envers le mandataire, 1236. — Sa position vis-à-vis des tiers, 1237 et suiv. — Nature des pouvoirs confiés aux commis-voyageurs, effet des obligations qu'ils contractent, 1239. — Position du mandataire ayant excédé son mandat vis-à-vis du mandant et des tiers, 1250 et suiv.

Mandataire. — Le dol du mandataire conventionnel ou légal est imputable au mandant lui-même, 79. — La responsabilité de ce dernier s'étend aux dommages-intérêts dus au plaignant, 81. — Exception pour les mineurs, les interdits et autres incapables de droit, 82. — Obligations et droits du mandataire, voy. *Mandat.*

Mandataire commercial. — Le mandataire commercial peut agir en son propre et privé nom, 1240. — Exceptions dont cette règle est susceptible, 1241 et suiv. — Les tiers peuvent-ils actionner le mandant lorsqu'il est notoirement connu? 1245 et suiv. — *Quid* en matière d'assurances maritimes? 1215 et suiv. — Etendue de la responsabilité réciproque du mandant et du mandataire, 1247 et suiv. — Effet de la révélation du nom du mandant, 1249.

Marchandise, voy. *Jeu, Usure, Vente.*

Mari. — Facilité pour le mari de commettre la fraude, précautions prises dans l'intérêt de la femme, 811. — Révocation des donations qu'il aurait obtenues, 812. — Comme chef de la communauté il ne peut aliéner, à titre gratuit, l'universalité ou une quotité du mobilier, 816 et suiv. — Simulation pour éluder cette règle, admissibilité de la preuve orale pour l'établir, 819. — Présomptions pouvant être invoquées, 820 et suiv. — Le maintien de la vente attaquée donnerait lieu à récompense en faveur de la femme, 822. — Mais la vente reconnue comme donation déguisée pourrait être annulée, 823. — Comment doit être entendue la faculté laissée au mari de donner à toute personne, et à titre particulier, le mobilier de la communauté? 824 et suiv. — La réserve d'usufruit en faveur du mari ferait considérer la donation comme faite à son profit, 826. — Fraude que le mari peut commettre comme administrateur des biens de la femme, 827 et suiv.

Mariage. — Motifs de la protection spéciale accordée au mariage, 334. — Dols nombreux dont il peut devenir l'occasion, conséquence, 337 et suiv. — Exceptions au principe de l'indissolubilité du mariage, 330 et suiv. — Exemple d'un mariage simulé pour acquérir des avantages subordonnés à sa célébration, 342 et suiv. — Il n'y a pas de mariage si le consentement des époux n'a pas été libre, 346 et suiv. — L'erreur sur la personne ne peut être entendue que de l'erreur sur la personne physique, 348 et suiv. — Le dol ayant déterminé le mariage ne peut le faire annuler, effets dont il est susceptible, 352 et suiv. — Le mariage ne peut en général être attaqué par les tiers pour cause de simulation, 1461 et suiv. — Peut-on du moins en contester les effets, quant aux avantages qu'il ferait acquérir? 1463 et suiv.

Médecin. — Incapacité édictée contre les médecins par l'article 909 du Code civil, 161 et suiv. — Cette incapacité se déduit plutôt du fait du traitement que de la qualité de la personne, 165. — Comment ce traitement devra-t-il être constaté? 169. — *Quid* des personnes qui ont traité le malade sans titre aucun? 181. — L'incapacité du médecin est-elle couverte par le mariage qu'il contracte avec sa malade? 1445. — La ratification de ce mariage par les héritiers le rendrait inattaquable et lui assurerait toute efficacité, 1466.

Mensonge. — Tout mensonge ne constitue pas le dol, 23. — Opinion de Pothier à cet égard, 24.

Mineur. — La nullité de l'engagement du mineur est la conséquence de la lésion légalement présumée, 114 et suiv. — Légitimité de cette présomption, 119. — Les actes faits par le mineur assisté de son tuteur ne peuvent être attaqués que de la manière indiquée pour ceux du majeur, 122 et suiv. — Le mineur ne peut être relevé de son dol, 125. — Ce dol n'est jamais présumé en faveur du majeur, 126. — Le mineur autorisé à faire le commerce est, quant à ce, assimilé au majeur, 127. — A quelles conditions le mineur peut-il valablement traiter avec son tuteur? 134. — Les termes de l'article 472 du Code civil comprennent-ils toute sorte de traités? ne concernent-ils que ceux intervenus sur la gestion tutélaire? 140 et suiv. — La présomption faisant annuler le traité violant l'article 472 du Code civil n'admet pas la preuve contraire, 144 et suiv. — Mais la question de savoir si la reddition de compte a été complète est laissée à la prudence du juge, 148. — Le mineur est recevable à attaquer la donation entre-vifs qu'il a consentie à son tuteur, contrairement à l'article 907 du Code civil, 154. Voy. *Donation, Libéralité, Testament.*

Ministre du culte. — L'article 909 déclare les ministres du culte incapables au même titre que les médecins, chirurgiens, etc..., condition en ce qui les concerne, 170 et suiv.

Moyens. — C'est sur la gravité des moyens allégués sur la poursuite du dol que devra se porter l'appréciation du juge, 25. — Faut-il que ces moyens aient dû faire impression sur un esprit raisonnable? 26 et suiv. — Différence entre les moyens et la cause d'une demande, voy. *Chose jugée.*

N

Négligence. — La négligence que l'usufruitier mettrait à conserver les biens est assimilée aux dégradations, 1707. — Caractère qu'elle pourrait prendre à l'encontre de ses créanciers, droits de ceux-ci, 1708.

Notaire. — Principe et étendue de la responsabilité des notaires, 476 et suiv. — La faute lourde est assimilée au dol, 478. — Faute sans influence sur la validité de l'acte, son caractère, ses effets, 479. — *Quid* du notaire agissant comme mandataire de la partie? 480. — Erreur de droit entraînant la nullité de l'acte, ses effets, 481 et suiv. — Dans tous les cas, l'ignorance du notaire n'est excusable que si la preuve de sa bonne foi est acquise, 486. — Effet de la faute entraînant la nullité de l'acte, 487 et suiv. — Quelle est la quotité de dommages-intérêts à allouer? 490. — Le notaire, garant de l'individualité des parties, l'est-il de leur

capacité? 491 et suiv. — La preuve que le notaire connaissait l'incapacité obligerait sa responsabilité, 493. — Responsabilité et devoir du notaire dans le cas prévu par l'article 973 du Code civil, 1574 et suiv. Le défaut de réponse du notaire à la proposition d'un mandat constitue-t-il l'acceptation du mandat? voy. *Mandat*.

Nullité. — Caractère de la nullité des actes souscrits par l'interdit après son interdiction, 130. — La nullité du traité fait contrairement à l'article 472 du Code civil, n'étant pas susceptible de ratification, ne peut être couverte par l'exécution, 149. — Distinction entre la nullité de plein droit et celle par voie d'action, 267. — En quoi leurs effets diffèrent, 268. — L'acte dolosif n'est pas nul de plein droit, conséquences, 269 et suiv. — A qui appartient l'action en nullité? 271 et suiv. — L'auteur du dol ne peut jamais l'exercer, 273.

O

Office. — Tout traité secret, déguisant le prix d'une cession d'office, est radicalement nul, 1301 et suiv. — Cette nullité peut-elle être opposée par le cessionnaire au tiers ayant payé à sa décharge? 1309. — L'acquéreur d'un office peut-il être poursuivi par les créanciers du vendeur en fraude desquels il a dissimulé le prix? 1796 et suiv. — L'action des créanciers ne peut avoir pour objet que la réparation du préjudice souffert, 1799. — La complicité du cédant peut être établie par témoins, 1800. — Responsabilité de l'acheteur en cas de fausse déclaration sur saisie-arrêt, 1801. — Les payements partiels reçus par le cédant, les cessions du prix, par lui consenties avant l'approbation du gouvernement, sont-ils valables? 1802 et suiv. — Les quittances, même sans date certaine, peuvent-elles être opposées aux créanciers? 1806. Voy. *Contre-lettre, Ratification, Répétition*.

P

Parenté. — La parenté entre l'auteur du dol indirect et la partie appelée à en profiter ne change pas la nature du dol, mais elle peut influer sur la complicité par connaissance, 85.

Partage. — L'égalité entre les copartageants est la règle la plus absolue des partages, atteintes qu'elle peut recevoir, 912. — La lésion accidentelle n'est une cause de rescision que si elle va à plus du quart, 913. — *Secus*, si elle est le résultat de la fraude, 915. — Ou si elle coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible, 916. — L'action en lésion ne se prescrit que par dix ans, quel est le point de départ de ce délai? 917 et suiv. — *Quid* pour le partage fait par l'ascendant? 919 et suiv. Voy. *Succession*.

Payement. — Effet, quant à l'action paulienne, du payement du créancier poursuivant, offert ou réalisé par le défendeur, 1825.

Possesseur, voy. *Revendication*.

Possession, voy. *ibid*.

Préjudice. — Son existence est indispensable pour qu'il y ait dol punissable, 37. — S'il est dénié, la charge de le prouver incombe au demandeur, 40. — Un préjudice moral ferait-il annuler le contrat? 41.

Prescription. — Justice de la prescription contre l'action en nullité, sa nécessité, 613 et suiv. — Son fondement philosophique suivant Troplong, 615 et suiv. — Pour prescrire, il faut que l'acte ait été exécuté, 618. — Condition que doit réunir l'exécution décennale, son point de départ, 619 et suiv. — A la charge de qui est la preuve du moment de la découverte du dol? 621. — Nature de cette preuve, 622. — Les principes généraux sur l'interruption régissent la prescription de l'article 1304, *quid* des causes de la suspension? 623 et suiv. — L'action en dommages-intérêts se prescrit-elle comme celle en nullité? 625. — Toute action serait-elle éteinte après trente ans du jour de l'acte, si le dol n'avait été découvert que depuis moins de dix ans? 626. — Importance de l'article 1304 pour la répétition de ce qui a été payé en vertu du contrat vicié, 627. — Ce n'est que l'action que l'article 1304 régit, même en cas de non-exécution, conséquences pour l'exception de nullité, 628. — Origine de la règle rendant l'exception perpétuelle, 630. — Motif du silence gardé à cet égard par le Code, 631. — Application de la règle en matière de dol, condition de cette application, 632 et suiv. — L'exception n'est admissible que lorsqu'elle tend à maintenir l'état actuel, conséquences, 637 et suiv. — L'action révocatoire des tiers est susceptible de prescription, point de départ et délai de celle-ci, 1820 et suiv. — Délai de la prescription de l'action en nullité du pacte sur succession future, 1366 et suiv.

Présomption. — Dans tous les cas d'admissibilité de la preuve orale, les présomptions peuvent servir à juger le litige, 254. — Exigences du droit ancien sur le nombre des présomptions, 255 et suiv. — Caractère que le Code exige, 257. — Pourrait-on annuler l'acte s'il n'existait qu'une présomption? 258. — Comment les présomptions doivent-elles être appréciées? 259 et suiv. — Définition de la présomption, conséquences, 768. — Existe-t-il, en matière de simulation, des faits devant plus particulièrement la faire admettre? 769. — La fraude est présumée en faveur des tiers, lorsque le débiteur, devenu complétement insolvable, aliène ses biens ou refuse d'acquérir, 1438 et suiv. — Dans les cas de fraude présumée, il suffit de prouver le fait auquel s'attache la présomption, 1454. — Devoirs des créanciers querellant l'acte de leur débiteur, présomptions qu'ils peuvent invoquer, 1455 et suiv. — Dans tous les cas, la pertinence des présomptions est laissée à la prudence du juge, 1458.

Prêt. — Diverses espèces de prêt, leur nature, 1111 et suiv. — Prêt à intérêt, historique, 1114 et suiv. Voy. *Usure*.

Preuve littérale. — Excellence de la preuve littérale en matière de fraude, autorité qui lui est due, 725.

Preuve orale. — L'admission de la preuve orale était une nécessité en matière de dol et de fraude, 9 et suiv. — Comment s'apprécie son admissibilité? 11. — Doutes qu'elle a soulevés, 232. — Origine de cette preuve, 233 et suiv. — La prohibition de l'article 1341 n'est pas applicable au dol, 239. — La preuve orale n'est pas recevable dans le cas de dol postérieur au contrat, 241. — Conditions pour qu'elle soit reçue dans les autres hypothèses de dol, 249 et suiv. — Par quels éléments doit-on résoudre la question de sa recevabilité en matière de fraude? 726. — Exception au principe de l'article 1341 en faveur de la partie qui a ignoré la fraude, 727 et suiv. — Il n'en est pas ainsi de la fraude concertée, 729. — La preuve orale n'est pas admissible lorsque la fraude cache une simulation licite, 762. — Exception pour le cas de révocation légale ou de réduction d'une donation déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, 763. — La preuve orale est admissible lorsque la fraude déguise une convention illicite, 765 et suiv. — Lorsqu'elle est exécutée contre les tiers, 1439. — Ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, voy. *Commencement de preuve*.

Prise a partie. — Motifs et historique de la prise à partie, 448 et suiv. — Cas donnant ouverture à l'action, 452. — Différence, en cette matière, entre le dol et la fraude, leurs effets, 453 et suiv. — La concussion est assimilée au dol, 457. — La preuve orale est admissible, 459. — Caractère du déni de justice, mode de le constater, 460 et suiv. — L'article 505 du Code de

procédure civile est essentiellement limitatif, 462. — Difficultés relativement à la faute lourde, 463 et suiv. — Contre qui peut être dirigée la prise à partie? 468. — Peut-elle l'être contre les arbitres, 469. — Position que fait au juge l'admission de la requête, 470. — Influence de cette admission sur la décision attaquée, 471. — Effet de la consécration de la prise à partie, 472. — *Quid* si la partie a coopéré au dol du juge, 473. — La condamnation contre le juge peut entraîner la contrainte par corps, 474.

Prix. — La vileté du prix est une présomption de fraude, mais ne la suppose pas nécessairement, 71.

Promesse de mariage. — L'inexécution d'une promesse de mariage donne-t-elle lieu à des dommages-intérêts? 1352. Voy. *Dédit*.

Q

Qualité des parties. — Les parties ont autant de qualités distinctes que de droits différents à exercer, voy. *Chose jugée*. — La parenté existant entre le vendeur et l'acheteur fait facilement présumer que l'aliénation est simulée en fraude des créanciers, 1450.

Quotité disponible. — La quotité disponible ne se détermine qu'à la mort du donateur ou du testateur, conséquences quant à l'action en nullité ou en réduction, 1673. — Mais peut-on soumettre les donataires à fournir caution pour la restitution de l'excédant? 1674. — Peut-on cumuler les quotités des articles 913 et 1094 du Code civil? 1690. Voy. *Donation déguisée entre époux, indirecte*, et *Réserve*.

R

Rapport. — Le rapport que le père ferait à ses enfants des fruits par lui perçus, en l'absence et avant toute émancipation, pourrait être annulé sur la poursuite de ses créanciers, 1639. — La renonciation en faveur d'un successible ne constitue pas un avantage soumis à rapport, 1640.

Ratification. — Définition de la ratification, 570. — Fondement juridique de cette fin de non-recevoir, 571. — Principes généraux la régissant, 572 et suiv. — Le traité secret dissimulant le prix d'un office ne peut être ratifié, 1307. — La ratification de la vente du bien dotal, consentie par la femme ou ses héritiers après la dissolution du mariage, est opposable soit à ses héritiers, soit à ses créanciers, 1345 et suiv. — La ratification du pacte sur succession future, faite après que la succession est ouverte, est valable, 1365. — La ratification expresse ou tacite du débiteur est-elle opposable aux créanciers agissant en vertu de l'article 1167? — *Quid* de celle émanée de certains créanciers? 1819.

Ratification expresse. — Conditions pour que la ratification expresse soit valable, 580. — Elle doit rappeler la substance de la convention et mentionner le vice dont elle est atteinte, 581 et suiv. — Conséquences pour les vices autres que celui indiqué, 583 et suiv. — La ratification pour lésion exclut tout reproche ultérieur de violence, mais non celui de dol, 585 et suiv. — *Quid* si la ratification émane de l'héritier? 587. — La ratification doit exprimer l'intention de purger le vice primordial, 588. — Formes de l'acte de ratification, 589 et suiv. — La ratification imparfaite peut être complétée ; à défaut, l'acte ne peut ni servir de commencement de preuve, ni rendre la preuve orale admissible, 591 et suiv.

Ratification tacite. — La ratification résultant de l'exécution équivaut à la ratification expresse, 593. — Caractère que l'exécution doit offrir pour opérer ratification, 594 et suiv. — Des offres de payement non acceptées n'emportent pas ratification, 599. — Il en serait de même des mesures conservatoires ayant précédé la demande en nullité, 600. — L'exécution partielle est une ratification valable, 601. — Cette exécution doit être volontaire, 602. — *Quid* si elle n'est due qu'à une erreur de droit ou si elle n'a été obtenue qu'à l'aide d'une contrainte ou la menace d'un procès, 603 et suiv. — Epoque à laquelle l'exécution volontaire équivaudra à ratification, 606 et suiv. — A qui incombe la charge de prouver l'utilité de l'exécution? 608. — L'exécution volontaire, après la connaissance du vice, emporte l'intention de le purger, 609. — *Quid* si l'exécution n'est que la conséquence de la nature de l'acte? 610. — Le payement intégral ou partiel d'une lettre de change ou de tout autre effet négociable, entre les mains du porteur, n'est point une ratification, 611. — Les conditions exigées pour la ratification des obligations le sont pour celle des libéralités litigieuses, 612.

Recélé. — Caractère que doit avoir le recélé imputé à la femme commune, 1537. Voy. *Détournement*.

Renonciation. — La femme qui a renoncé à la communauté ne pourrait exciper de son dol pour se faire relever de sa renonciation, 1525. — La femme ou ses héritiers peuvent faire annuler la renonciation qu'ils auraient réalisée dans l'ignorance des détournements commis par le mari ou ses héritiers, 1528. — Effet de la révocation de la renonciation sur la poursuite des créanciers de la femme, 1534. — Les créanciers du cohéritier, qui a renoncé à la succession, peuvent-ils attaquer cette renonciation pour fraude à leurs droits? 1561. — Ce droit ne peut être exercé que par les créanciers antérieurs à la renonciation, 1566. — Exception que cette règle comporte, 1567. — Effets de l'acceptation des créanciers, 1568 et suiv.

Rente. — La rente viagère constituée à titre onéreux est saisissable et cessible, 1762.

Répétition. — Ce qui a été payé, en vertu d'une contre-lettre à la cession d'un office, est sujet à répétition, 1304 et suiv. Voy. *Nullité, Office*. — Dans quels cas peut-on répéter ce qui a été payé sur la dette du jeu? Voy. *Jeu*.

Requête civile. — Définition de la requête civile, 422. — Premier cas d'application, dol personnel, ce qui le constitue, 423 et suiv. — A quelles conditions la requête sera-t-elle admissible dans ce cas? 430 et suiv. — Faits pouvant caractériser le dol personnel, 434 et suiv. — Subornation de témoins, mode de preuve et effets, 435. — Corruption des experts, son caractère, ses effets, 436. — Faux serment, différence selon qu'il a été déféré par la partie ou ordonné par le juge, 437 et suiv. — Deuxième chef d'application, s'il a été jugé sur pièces, depuis reconnues ou déclarées fausses, 439. — Solution des difficultés que cette hypothèse soulève, 440 et suiv. — Troisième chef d'application, découverte après le jugement de pièces décisives retenues par la partie, 445 et suiv. — Effet de la requête civile, quant à l'exécution de jugement, 447.

Rescision. — Le droit de faire prononcer la rescision du contrat dolosif est une pure faculté, 275. — Hypothèse dans laquelle la rescision est impossible, 276. — Effets de la rescision par rapport aux tiers détenteurs, 277. Voy. *Revendication*. — Contre qui doit être intentée l'action en rescision? 299.

Réserve. — Caractère de la disposition de l'article 1094 sur la réserve des ascendants, 1672. — Origine de la réserve légale des ascendants, sa quotité, 1684 et suiv. — L'indisponibilité de la réserve des articles 913 et 915 n'est pas moins absolue que celle de la réserve des articles 1094 et 1098 du Code civil, 1688. — L'atteinte portée à la réserve par une renonciation à une communauté, ou à un legs, peut être l'objet d'une action de la part des enfants; effets de cette action et de celle des créanciers, 1689. — Conséquences de

l'indisponibilité de la réserve à l'endroit des donations indirectes, 1691.

Rétention de la propriété. — La rétention de la propriété par le vendeur est une présomption de fraude, 1451. — De quelle manière elle se réalise le plus souvent, 1452. — Dans quels cas doit-on en admettre l'existence? 1453.

Réticence. — Effet de la réticence dans la police d'assurance, voy. *Assurances maritimes*.

Retrait litigieux, voy. *Vente de droits litigieux*.

Retrait successoral, voy. *Vente de droits successifs*.

Revendication. — Différence des effets de la revendication, suivant qu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble, 278. — Droits et devoir du possesseur de bonne foi, 279 et suiv. — Prescription qu'il peut invoquer contre le revendiquant, 282. — Difficultés que soulève la revendication d'un objet mobilier, 283. — Elle ne peut être exercée en matière de dol ou d'escroquerie, 288 et suiv. — Exception dans le cas de mauvaise foi ou de fraude de la part du détenteur, 294 et suiv. — Les meubles incorporels ne sont pas régis par l'article 2279 du Code civil, 296 et suiv. — Exception que subit le droit de revendication, 298. — Les créanciers qui ont fait révoquer la vente faite en fraude de leurs droits peuvent-ils revendiquer l'immeuble entre les mains du second acquéreur? 1764.

Révocation. — Quelles sont les causes de révocation des donations? Voy. *Donation* et *Donation déguisée*. — Conséquence de la règle que les donations ne sont pas révoquées de plein droit, 1730. — Délai dans lequel l'action en révocation peut être exercée par le donateur, cette action passe-t-elle aux héritiers? 1731. — Peut-elle être exercée par les créanciers? 1732. — Les donations par contrat de mariage sont-elles révocables pour inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude? 1733.

S

Sage-femme. — Les sages-femmes sont-elles atteintes de l'incapacité édictée par l'article 909 du Code civil? 167.

Séparation de biens. — Dangers que la séparation de biens fait courir aux créanciers, à la femme elle-même, 1483. — Etendue de la faculté laissée à celle-ci de prendre toutes mesures conservatoires, 1485 et suiv.— Conditions et formes de la procédure, 1487 et suiv. — Cette faculté peut être exercée par la femme poursuivant la séparation de corps, 1490. — Abus qu'on a fait de la séparation de biens, précautions de la loi, 1492 et suiv. — Publicité de la demande, effet de l'omission, 1494 et suiv. — Conditions d'admissibilité, époque du jugement, 1497 et suiv. — Obligation de la femme de prouver le désordre des affaires de son mari, faits tendant à l'établir, 1499 et suiv. — La preuve testimoniale peut être ordonnée d'office, 1501. — Objet de la publicité que le jugement doit recevoir, 1502. — Délai de l'exécution, caractère et forme de celle-ci, 1504 et suiv. — Comment doit être constatée l'exécution volontaire? 1507. — Caractère du payement, s'il est réalisé, 1508. — A défaut de payement, comment doit se faire la poursuite? 1509 et suiv. — Caractère du jugement prononçant la séparation de biens, durée du délai laissé aux tiers pour l'attaquer, effet de leur inaction, 1511 et suiv. — Les créanciers postérieurs à la séparation peuvent-ils se plaindre de l'exécution tardive du jugement? 1513. — Les créanciers sont-ils déchus, par l'expiration du délai d'un an, de la faculté d'attaquer le jugement comme rendu en fraude de leurs droits? 1514. — L'effet rétroactif du jugement est-il opposable aux tiers comme au mari? 1516.

Séparation de corps. — La séparation de corps doit-elle être prononcée dans le cas d'erreur sur les qualités morales du conjoint? 353 et suiv. — La séparation, relâchant les liens du mariage, oblige l'époux qui l'a encourue à indemniser son conjoint du préjudice qu'il peut en recevoir, 838. — Elle entraîne la révocation des avantages faits dans le contrat de mariage, 839.

Serment. — Effet du serment prétendu ou reconnu faux, voy. *Requête civile*.

Simulation. — Définition de la simulation, en quoi elle diffère du dol et de la fraude, 1257. — Ses caractères, 1258. — Objets qu'elle se propose, 1259. — Caractère de la simulation licite, 1260 et suiv. — Différence entre la simulation relative et la simulation absolue, 1263.

Société. — Caractère et objet de la société, 1057 et suiv. — Effet du consentement extorqué, conséquences de la nullité en résultant pour les associés et pour les tiers, 1060 et suiv. — *Quid* si la signature est le résultat d'un faux? 1063. — Conséquences du pacte donnant à l'un la totalité des bénéfices ou l'exonérant de toute participation aux pertes, 1065 et suiv. — C'est la mise matérielle que la loi défend de soustraire aux pertes, conséquences pour l'associé industriel, 1069. — Autre exception à la défense d'être affranchi de la perte, 1070. — Conditions sans lesquelles la participation du prêteur aux bénéfices constituerait une usure déguisée, 1071 et suiv. — L'assurance du bénéfice entre associés n'est valable que si le contrat est sérieux et sincère, 1074. — Obligation pour chaque associé de verser sa mise, effet du retard ou du refus, 1075 et suivants. — Obligation de l'associé purement industriel, 1077 et suivants. — L'industrie promise appartient à tous les associés du jour de la constitution de la société, conséquences, 1079. — Chaque associé est responsable de sa faute, nature de cette responsabilité, 1080 et suiv. — Effet de la fraude, 1083 et suiv. — Conséquences de l'une et de l'autre, quant à la durée de la société, 1085 et suiv. — Comment peut être prononcée la dissolution de la société à terme? 1088 et suiv. — Quel est l'effet de la renonciation frauduleuse ou inopportune? 1096 et suiv. — Exception de l'article 1871 du Code civil, quant à la dissolution des sociétés à terme, 1098 et suiv. — Le refus de continuer, de la part de l'associé industriel, devrait-il faire prononcer la dissolution malgré la résistance des autres associés? 1100 et suiv. — Effets de la dissolution soit conventionnelle, soit judiciaire, 1103. — Obligations du gérant, 1104. — Effets de la prohibition de reviser les comptes, caractère de l'action en redressement, 1108 et suiv.

Société commerciale. — Le défaut de publicité de l'acte de société commerciale équivaut à une fraude, 717. — Ses effets par rapport aux associés, 718. — Aux créanciers sociaux, 719. — Aux créanciers personnels de chaque associé, 720.

Société universelle. — La société universelle entre personnes incapables de se donner ou de recevoir est présumée frauduleuse, 655. — Débats que l'article 1840 a soulevés dans le sein du conseil d'Etat, conséquences de sa disposition à l'endroit de celle de l'article 911 du Code civil, 656 et suiv. — Effet de la présomption de fraude, 658. — La société universelle entre un père et son fils est-elle intégralement nulle ou seulement réductible? 659.

Solidarité. — La solidarité en matière de dol résulte de l'indivisibilité du fait, 335 et suiv. — Importance de la solidarité pour l'application de l'article 126 du Code de procédure civile, 332.

Solvabilité. — Effet de la solvabilité du débiteur au moment de l'acte querellé de fraude sur l'appréciation de l'action, 1823 et suiv.

Stellionat. — Il y a fraude légalement présumée dans

les faits constituant le stellionat, 679. — Nature de la présomption dans l'hypothèse de la vente ou de l'hypothèque de la chose d'autrui, 680. — Dans celle de présenter comme libres des biens grevés, ou déclarer des hypothèques moindres que celles existant, 681. — Le silence gardé dans l'acte sur l'existence ou le nombre des hypothèques ne constitue pas le stellionat, exception pour les maris et les tuteurs, 682 et suiv. — La présomption est-elle effacée par la bonne foi? Nature de celle-ci, 684 et suiv. — Il n'y a stellionat, dans le cas de fausse indication, que de la part de son auteur; conséquence à l'endroit de la femme s'étant solidairement engagée, 686. — Le stellionat n'est punissable qu'autant qu'il y a un préjudice possible, 687. — L'acquéreur de la chose d'autrui a action contre son vendeur avant même d'être troublé dans sa possession, 688. — Peine du stellionat, 689. — Les époux, vendant comme libre un fonds dotal, commettent-ils un stellionat? 1341.

Subornation de témoins, voy. *Requête civile.*

Subrogé tuteur. — La prohibition faite au tuteur de se rendre adjudicataire des biens du mineur s'applique-t-elle au subrogé tuteur? 703.

Substitution fidéicommissaire. — Historique de la législation sur les substitutions fidéicommissaires, 1581 et suiv. — Intérêt des héritiers naturels à faire constater le caractère réel de la disposition, 1586. — Conditions exigées pour qu'il y ait substitution prohibée, 1587 et suiv. — Dans le doute on doit se prononcer pour la validité de l'acte, 1592. — Il n'y a pas substitution si la charge de rendre n'est imposée que pour *eo quod supererit*, portée de cette disposition, 1593 et suiv. — Il en serait de même de l'obligation de rendre *si quid supererit*, 1600. — La preuve d'une substitution fidéicommissaire ne peut être faite que par écrit, 1623. — La donation renfermant une substitution prohibée est nulle, 1734.

Substitution de part, voy. *Suppression de part.*

Successeur irrégulier. — Droits des créanciers contre les successeurs irréguliers et notamment contre l'enfant naturel, 1571.

Succession. — Intérêts que l'ouverture d'une succession met en présence, et objet que peut se proposer la fraude, 1540. — Précautions de la loi en faveur des héritiers et des tiers, 1542. — Nature et caractère du recélé puni par l'article 792 du Code civil, ses effets, 1543 et suiv. — Faculté pour les héritiers et les créanciers de requérir l'apposition ou de s'opposer à la levée des scellés, 1547. — Cette dernière peut être exercée par les créanciers personnels du cohéritier, 1548. — Nature et effet du droit que tout créancier a d'assister à l'inventaire, 1549. — Faculté des créanciers du cohéritier d'intervenir au partage, 1550. — La volonté de l'exercer résulte de l'opposition à la levée des scellés, 1551. — A défaut d'intervention, les créanciers peuvent-ils attaquer le partage consommé? 1552. — Quel est l'acte constituant un véritable partage? 1553. — Forme que doit avoir l'opposition au partage, 1554. — Les créanciers qui n'ont pas fait opposition ne sont pas déchus du droit d'intervenir, 1555. — Conséquences de l'opposition sur la validité du partage, 1556. — Le créancier opposant a-t-il le droit d'attaquer une vente par licitation à laquelle il n'a été ni présent, ni appelé? 1557. — Droit du créancier d'un usufruit d'une partie de biens indivise avec un tiers, 1558. — L'opposition et l'intervention sont ouvertes aux créanciers chirographaires ou hypothécaires, 1559. — *Quid* des créanciers de la succession? 1560.

Succession future. — La renonciation à une succession non ouverte est nulle comme pacte sur succession future, 646. — Quelle est la loi applicable lorsque le pacte étant antérieur au Code, la succession ne s'est ouverte que depuis sa promulgation? 647. — Le pacte est-il susceptible de ratification après l'ouverture de la succession? 648. — La renonciation pour un seul prix à deux successions, l'une ouverte, l'autre future, est nulle pour le tout, 649 et suiv. — La loi prohibitive du pacte sur succession future étant d'ordre public, la nullité est radicale, conséquences pour la renonciation déguisée, 1357 et suiv. — Ce pacte résulterait de la vente du mobilier qu'on délaissera à son décès, 1362. — Effets d'une pareille clause à l'endroit des immeubles simultanément aliénés avec désinvestissement actuel, 1363. — La même règle serait applicable à la vente d'une quotité de la succession, 1364. — Exception introduite par l'article 918 du Code civil, ses dangers, 1693. Voy. *Prescription, Ratification.*

Succession testamentaire. — Fraudes que l'ouverture d'une succession testamentaire peut faire surgir, 1572. — Droit des successibles de faire annuler le testament soit en la forme, soit au fond, 1572 *bis*. Voy. *Succession.*

Supposition de part, voy. *Suppression de part.* — Peut n'être qu'un moyen frauduleux pour faire annuler une donation, 1698.

Suppression de part. — Différence entre la suppression et la supposition de part, 890 et suiv. — A qui appartient l'action dans l'une et dans l'autre? 894 et suiv. — Par quels principes est régie l'action des parents ou autres ayants droit? 896. — La prohibition de toute poursuite de la part du ministère public s'applique au cas de supposition et de substitution, comme à celui de suppression, 897.

Suppression de testament. — Caractère de la suppression de testament, 411. — Peut être prouvée par témoins, 412. — Son effet, quant à l'exécution du testament et à la régularité de ses formes, 413 et suiv. — *Quid* si celui qui profite de la suppression n'y a pas coopéré? 415 et suiv. — Effet de la suppression par rapport à l'hérédité, droits des tiers, 417 et suiv.

Survenance d'enfants. — Révoque de plein droit la donation, voy. *Donation, Donation déguisée.* — Caractère frauduleux et immoral qu'elle peut revêtir dans ce but, 1713.

T

Testament. — Le testament renfermant une substitution fidéicommissaire ne saurait sortir à effet, 1580. — Voy. *Donation, Libéralité, Succession testamentaire, Suppression de testament.*

Tiers. — Quelles sont les personnes que cette qualification désigne? 1403. — Droit des tiers en cas de fraude à leurs droits, voy. *Donation, Libéralité, Renonciation, Séparation de biens, Société, Succession, Usufruit, Vente.*

Titre. — La faveur due au titre ne saurait faire repousser sans examen les reproches de défaut de sincérité, 8. — L'autorité qui lui est due ne s'efface que devant la preuve de son illégitimité, 105. — C'est à celui qui le prétend tel, qu'incombe la charge de le prouver, 231. — Preuve admissible, voy. *Preuve testimoniale.*

Traité. — Effet du dol dans les traités, 262 et suiv.

Traité secret, voy. *Contre-lettre, Office, Ratification, Répétition.*

Tromperie. — La tromperie sur la nature de l'objet vendu est un délit, 959. — Tromperie sur la qualité, ses effets, 961 et suiv. — Effet de celle sur la quantité, 964.

Tribunaux. — Difficulté de la mission qui leur est confiée en matière de dol et de fraude, 6.

Tuteur. — Nature des obligations imposées au tuteur,

136. — Leur accomplissement doit être prouvé par écrit, 137. — La présomption de dol, résultant de leur défaut, est *juris et de jure*, 138. — Le récépissé des pièces justificatives doit avoir date certaine pour faire courir le délai de dix jours, formes de ce récépissé, 139. Voy. *Action, Donation, Mineur, Nullité.*

U

Usufruit. — Effets de la renonciation à un usufruit à l'égard des créanciers du renonçant, 1630. — Différence entre cette renonciation et celle à une succession, conséquences pour les divers ayants droit, 1631 et suiv. — Différence entre la renonciation à titre gratuit et celle à titre onéreux, 1635. — Conséquences de la violation des prescriptions de l'article 1614 du Code civil, 1709. — Effet du préjudice éprouvé par le nu propriétaire, 1714 et suiv.

Usufruit légal. — La renonciation par le père à son usufruit légal peut-elle être l'objet de l'action révocatoire? 1637. — *Quid* de celle résultant de l'émancipation? 1638. — Les règles ordinaires de l'usufruit s'appliquent à celui que le père a des biens de ses enfants, 1712. — L'abandon ou la destitution de la tutelle entraîne-t-il la perte de l'usufruit légal? 1713.

Usure. — En quoi consiste l'usure, 1115. — Justification en principe des droits du législateur à la réglementer, 1116 et suiv. — Réforme dont la loi de 1807 serait susceptible, 1119. — Défaut de proportion entre l'intérêt qu'elle consacre et le revenu foncier, 1120. — Véritable valeur de l'argent en matière commerciale, 1121. — Abus de l'application du taux commercial aux lettres de change souscrites par des non-négociants et aux prêts commerciaux garantis par nantissement ou hypothèque, 1122 et suiv. — L'usure ne peut exister que dans le prêt, simulations naissant de cette circonstance, caractère des questions qu'elles offriront à résoudre, 1125 et suiv. — Exemple d'usure dans un contrat de mariage, 1127 et suiv. — Difficultés sur les droits que les banquiers perçoivent en sus de l'intérêt légal, 1130 et suiv. — Opinion de Chardon, Duvergier, Fremery, réfutation, 1134 et suiv. — Conséquence de la facilité que ces droits offrent à l'usure, 1138 et suiv. — Le droit de commission peut-il être prélevé en l'absence d'un crédit ouvert? 1144. — Comment se règlent les comptes courants? 1145. — Le solde peut-il être soumis de nouveau au droit de commission? 1146. — Condition pour que les intérêts soient capitalisés chaque trois mois, 1147. — Le banquier peut-il prélever la commission à chaque renouvellement d'effets souscrits par de non-commerçants? 1148. — La fusion des intérêts avec le capital, ou leur prélèvement, constitue l'usure, 1149 et suiv. — Peut-on, pour un capital en espèces, stipuler un intérêt en denrées? *Quid* si le capital est lui-même en denrées? 1154 et suiv. — La loi de 1807 est inapplicable au prêt aléatoire, application de cette règle à la caisse hypothécaire, 1156. — Au contrat à la grosse, exemple d'une usure palliée sous l'apparence de ce contrat, 1157. — A la cession, 1159. — Au contrat de rente viagère, exemple d'une usure déguisée sous cette forme, 1160 et suiv. — Comment faut-il apprécier la donation faite par le débiteur au créancier? 1162 et suiv. — Il y a usure dans l'exigence de services personnels appréciables en argent, comment doit-on juger ce caractère? 1167 et suiv. — L'usure peut se déguiser sous l'apparence du contrat de société, d'une vente d'objets mobiliers, de marchandises par un marchand, enfin, d'un immeuble, 1170 et suiv. — Nature de la vente à réméré, conséquences de l'usure qu'elle déguiserait, 1174 et suiv. — L'usure peut emprunter la forme d'un échange, 1182. — Devoir qu'impose aux tribunaux la facilité que l'usure trouve à se dissimuler, 1183. — L'usure ne devient un délit que par l'habitude, mais chaque fait crée une action en faveur de l'usuré, 1184. — Inapplicabilité de l'article 1341 à cette action, comme à celle du ministère public, 1185 et suiv. — Conséquence quant à la preuve par témoins, par présomption, par le serment supplétoire, usage que les tribunaux doivent faire de cette dernière faculté, 1189 et suiv. — Effet de l'usure reconnue sur l'exécution de l'acte, 1193. — L'action du débiteur passe à ses héritiers ou créanciers, mais elle ne peut être jointe à celle du ministère public, 1194 et suiv. — Dans quels cas l'usurier pourra-t-il opposer la chose jugée, 1197 et suiv. — L'usure ne peut être valablement ratifiée, 1200. — Prescription opposable à l'action, son point de départ, délai requis, 1201 et suiv. — Perpétuité de l'exception, 1204.

Usurpation du nom du fabricant, voy. *Contrefaçon.*

V

Vente. — Peut devenir un moyen ou une cause de fraude, 937 et suiv. — Caractère et effets du contrat *mohatra*, 939 et suiv. — La vente peut déguiser un contrat pignoratif, à quelles conditions, 944 et suiv. — L'acte nul comme contrat pignoratif vaudra comme obligation, 947 et suiv. — Fraudes dans la délivrance, leur caractère et leur effet, 949 et suiv. — L'article 1610 ne distingue pas la fraude de la faute, motifs du législateur et atténuations qu'il consacre à la rigueur de cette règle, 952 et suiv. — La faculté de proroger le terme de la livraison peut-elle être appliquée aux ventes commerciales? 955. — Modifications faites à la chose vendue après la vente, conséquences quant aux meubles incorporés, aux capitaux d'exploitation, aux récoltes pendantes, 954 et suiv. — La livraison d'une chose qu'on sait impropre à sa destination est une fraude, 963. — Vente de la chose d'autrui, ses effets, 955. — Seconde vente de la chose déjà vendue, 966 et suiv. — Effet du refus ou du retard de l'acquéreur à prendre livraison, 969. — Effet du retard dans le payement, 970. — Toute dégradation volontaire, tant que le prix n'a pas été payé, est une fraude, droit qu'elle confère au vendeur, 977. — Le vendeur non payé peut attaquer, comme faite en fraude de ses droits, la vente consentie par son acquéreur, 378. — La vente peut être valablement consentie sous forme d'échange, 1270. — Importance du véritable caractère de l'acte à l'endroit de l'action en lésion, 1271. — Peut-on l'établir par témoins? 1272. — Présomption attachée à la vente faite aux successibles directs à rente viagère et à fonds perdu, ou sous réserve d'usufruit, 1692 et suiv. — Facilités que la vente offre à la fraude contre les créanciers, 1735. — Ses effets en matière commerciale, précautions prises à cet égard, 1736 et suiv. — Effet de la poursuite personnellement intentée par un créancier, 1739. — Caractère et effet de la simulation de la vente, en cas de déconfiture civile, 1740. — Effets de l'admission de l'action des créanciers contre la vente, 1765.

Vente de droits litigieux. — Le Code a admis, sur la vente des droits litigieux, la doctrine du droit romain, 1781 et suiv. — Difficulté que fera naître la question de savoir s'il y a vente ou donation, 1784. — Le retrayant peut contester la sincérité du prix, 1785. — Le droit au retrait est absolu, il peut être exercé pour la première fois en appel, 1786. — Peut-il l'être par les créanciers de l'ayant droit? 1787. — La décision définitive du procès rend tout retrait ultérieur impossible, 1788. — Exception à cette règle, 1789. — Caractère des exceptions que l'article 1701 introduit à la disposition de l'article 1699 du Code civil,

comment doit être appréciée celle faite en faveur de l'héritier? 1790 et suiv. — Prohibitions spéciales en matière d'achat de droits litigieux, effet de la violation, 1792 et suiv.

VENTE DE DROITS SUCCESSIFS. — Fraudes dont cette vente est susceptible, effet de l'opposition à la levée des scellés signifiée par les créanciers, 1765 et suiv. — Le créancier non opposant ne perd pas le droit d'attaquer la vente en vertu de l'article 1167 du Code civil, 1767. — Présomption tirée de l'exagération du prix, 1768 et suiv. — Par qui et comment doit être établi le juste prix, lorsqu'il est impossible de préciser celui qui a été réellement convenu? 1770 et suiv. — Conséquences de l'obligation pour le retrayant de restituer le prix réel, à l'endroit des frais accessoires, 1772. — La demande en retrait doit-elle être précédée ou accompagnée de l'offre réelle de restituer le prix? 1773. — Influence de la dénonciation de l'intention d'exercer le retrait sur les actes ultérieurs du cédant et du cessionnaire, 1774. — Le dernier évincé par le retrait a-t-il une garantie contre le vendeur? 1775 et suiv. — Application de ces règles à la donation déguisant une vente, ou à la vente qu'on soutiendra n'être qu'une donation, 1777 et suiv. — Effets de la ratification imputée au retrayant, caractères qu'elle doit offrir, 1779. — L'action en retrait n'est plus recevable après le partage, *quid*, en cas de nouveau partage, par suite de la rescision du premier? 1780.

VENTE ENTRE ÉPOUX. — La vente entre époux est présumée frauduleuse, motifs, 690 et suiv. — Exceptions, leur caractère, 693 et suiv. — Leurs conditions, 698. — La vente entre époux, faite au mépris de la loi, est nulle à l'égard des tiers, 699. — *Quid* vis-à-vis des héritiers? 700.

VENTE A RÉMÉRÉ, voy. *Usure*.

VENTE A RENTE VIAGÈRE. — Caractère de la vente à fonds perdu, conditions qu'elle exige, 1743 et suiv. — Le risque sérieux existe-t-il lorsque le taux de la rente est inférieur aux revenus des biens aliénés? 1745 et suiv. — Cette vente comporte-t-elle l'action en lésion? 1747 et suiv. — La vente est nulle si au moment du contrat le crédirentier était mort, 1750. — Différence, sur ce point, entre la vente et le contrat d'assurances maritimes, 1751. — La vente est nulle si la rente a été constituée en faveur d'une personne morte dans les vingt jours de la maladie dont elle était atteinte le jour du contrat, alors même que cette personne eût elle-même été partie à l'acte, 1752 et suiv. — La nullité étant d'ordre public, la renonciation à s'en prévaloir ne produirait aucun effet, 1754. — La vente sans date certaine est-elle opposable aux héritiers du vendeur? 1755 et suiv. — Conséquences de la négative, quant à la preuve de la sincérité de la date, 1758. — Conditions indispensables pour que la nullité puisse être prononcée, 1759. — L'article 1795 du Code civil est applicable au cas où il y a plusieurs crédirentiers, comment se règle alors le sort de l'acte? 1760 et suiv.

VICE RÉDHIBITOIRE. — Celui qui vend sciemment un animal atteint d'un vice rédhibitoire commet un véritable dol, 62. — Caractère de ce dol, ses conséquences quant aux dommages-intérêts, 94 et 307.

FIN DE LA TABLE GÉNÉRALE ET ALPHABÉTIQUE.